



Universidad Nacional Autónoma de México

Escuela Nacional de Estudios Profesionales

ACATLAN

EMPRESA PUBLICA Y LA SOCIEDAD ANONIMA DEL ESTADO

M-0030077

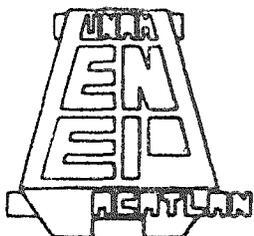
T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a :

FRANCISCO JAVIER ESPINOSA TAPIA



Acatlán, Edo. de México

1981



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

COMO HOMENAJE DE AGRECIMIENTO A MI PADRE EL
SEÑOR CIRILO ESPINOZA LIRA, Y COMO SIMBOLO
DE ADMIRACION A SU GRANDEZA COMO HOMBRE Y -
SER HUMANO.

A MI MADRE LA SEÑORA GUADALUPE TAPIA DE E.
CON EL CARINO Y TERNURA QUE ELLA SUPO INSPI
RAR EN MI.

A MIS HERMANOS RICARDO Y JUAN CARLOS POR
SU APOYO FRATERNAL.

AL LIC. JORGE ROJO LUGO, EN AGRECEDIMIENTO
POR SU AYUDA Y GUIA A LO LARGO DE MI VIDA.

CONTENIDO

	PAG.
DEDICATORIA	
INTRODUCCION.	
<u>CAPITULO PRIMERO</u>	
PUBLICIZACION DE LA ACTIVIDAD PRIVADA.....	1
PUBLICIZACION DE LA ACTIVIDAD DE PARTICULARES Y PRIVA TIZACION DE LA ACTIVIDAD DEL ESTADO.....	4
<u>CAPITULO SEGUNDO</u>	
EMPRESA PUBLICA.....	7
CONCEPTO.	
INTERVENCIONISMO ADMINISTRATIVO.....	18
EL ESTADO PERSONA PUBLICA Y PERSONA PRIVADA.....	24
<u>CAPITULO TERCERO</u>	
SERVICIOS PUBLICOS ECONOMICOS.....	27
EMPRESAS DESCENTRALIZADAS.	
EMPRESAS NACIONALIZADAS.	
SOCIEDADES ANONIMAS DE ESTADO.	
CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.....	42
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.	
CONTRATOS PRIVADOS.	
CONTRATOS POR DETERMINACION DE LA LEY, POR LIBRE VOLUN TAD O ELECCION DE PARTES, POR EL OBJETO O POR NATURALE ZA MISMA DEL CONTRATO.	

11-003011

CAPITULO CUARTO

SOCIEDADES ANONIMAS DE ECONOMIA MIXTA.....	68
CONCLUSIONES.....	73
BIBLIOGRAFIA.....	76

INTRODUCCION

El motivo por el cual escribo el presente trabajo es la nueva actividad económica del Estado dentro de los campos que antes solo habían estado reservados al dominio de los particulares, la transformación del estado en un empresario dedicado a producir, comerciar o emprender cualquier actividad económica.

Originalmente para regular jurídicamente las funciones del Estado y la actividad de los particulares se crearon las denominaciones de Derecho Público como el Derecho del Estado que imponía normas jurídicas públicas y el Derecho Privado que era el Derecho de los particulares, cuyos actos reclamaban normas jurídicas privadas.

Lejos de estas concepciones político-jurídicas, las Administraciones Públicas Modernas se ven impelidas a actuar en el campo de la economía. En estos últimos años es común que el Estado, en especial el poder ejecutivo, se ocupe de ramas económicas vitales a la nación.

El régimen económico intervencionista que realiza el Estado al convertirse en empresario, accionista, al comerciar, invertir, producir y distribuir bienes económicos deriva el nuevo régimen económico en que viven las actuales Administraciones Públicas.

Acorde con esta nueva y compleja actividad económica de los Estados Modernos el derecho ha tenido que sufrir substanciales cambios, entre los más notables se encuentra la mutación que ha sufrido el binomio derecho público y derecho privado, esto ha derivado la gestión de un derecho económico del estado que por igual asocia normas jurídicas de las dos ramas tradicionales del Derecho, públicas y privadas, es decir en la actualidad ninguna de las dos ramas monopoliza la actividad del Estado o de los particulares, por el contrario ambos pueden ser objeto de normas jurídicas calificadas de públicas y privadas, aunque sea en medida diferente.

Es pues el Estado en su papel de Estado - Empresario quien rompe -- con los moldes establecidos, dado que para ser empresario se ve en la necesidad de someterse a las normas jurídicas propias de toda empresa: Civiles y Mercantiles, o sea al Derecho Privado, acatando así los dictados -- que impone el desarrollo económico para poder figurar como un factor básico en él.

Pero como consecuencia inmediata del intervencionismo económico del Estado en que vivimos se da origen a dos fenómenos cuyos alcances analizaremos en forma posterior, nos referimos desde luego a la privatización de la actividad del Estado y a la publicización de la actividad de los particulares, uno y otro fenómeno íntimamente ligados producen sin embargo - - efectos distintos. La privatización de la actividad del Estado amplía la esfera de acción de éste y la publicización de la actividad de los particulares además de ampliar el radio de acción del Estado y de reducir la - de éstos, minimiza el terreno en que ha venido actuando el derecho privado. Es decir el primer fenómeno consiste en el uso de procedimientos o - técnicas de derecho privado por el Estado para la realización de sus fi-- nes y el segundo consiste en que terrenos en que solo se cultivan relacio nes jurídicas de particulares sometidas al régimen de Derecho Privado son invadidos por las nuevas relaciones jurídicas del estado sometidas al ré- gimen de Derecho Público. Caben mencionar las palabras de célebre jurista frances G. Ripert para quien el fenómeno se simplifica en la invasión del Derecho Público sobre las areas reglamentadas por el Derecho Privado.

Una nueva legislación administrativa de fuerte contenido económico - a sido necesaria dado el uso constante que el Estado ha venido haciendo - de normas de Derecho Privado para cumplir con sus nuevas atribuciones eco nómicas que ha originado la publicización de la actividad del particular - y ésto se ha dado debido a que las complejas tareas económicas del Estado en múltiples casos la norma de Derecho Privado no ofrecía los cauces apro piados, de tal modo que se hizo imprescindible la creación de una norma - especial que canalizara dichas labores económicas.

A principios de este siglo escribía León Duguit en la historia de los pueblos se dan ciertos períodos en los que las ideas y las instituciones, aún viviendo sometidas a su ley general de evolución, experimentan una transformación particular, esto se confirma con la transformación que experimentan las instituciones jurídicas en nuestros días, y la causa es que el Derecho como producto social que es, recibe el tremendo impacto -- del intervencionismo del Estado, fenómeno que modifica sus más ondas raíces.

Esta nueva postura del Estado frente al individuo hace olvidar las ideas de la fisiocracia que solo lo consideraba como una vigia y centinela de la actividad económica de los particulares.

El intervencionismo de Estado significa una radical participación estatal, esta nueva política nos muestra al Estado Moderno como un Estado Empresario o un Estado-Socio que indican la mutación a un Estado Industrial o comerciante que por igual crea y dirige industrias directa o indirectamente (por medio de organismos desconcentrados o descentralizados),- que se asocia con los particulares en empresas industriales o mercantiles.

Estas nuevas ocupaciones del Estado no son más que una respuesta a las exigencias del momento económico actual por el que atraviesan las sociedades actuales que a su vez son provocadas por el alto desarrollo económico de los pueblos.

Ejerciendo sus nuevas funciones el estado se ha reservado la explotación exclusiva de importantes sectores de la economía nacional, formando inclusive verdaderos monopolios estatales que desplazan irremisiblemente a la iniciativa privada. La voluntad individual no logra impedir la intromisión estatal en su campo de acción, y cuando acaso conserva para si terrenos propios de trabajo o inversión no logra escapar al encuentro con la fuerza estatal que se ostenta como un fuerte competidor o que impone su participación como socio andando la libertad individual en areas de un interés mayor, el interés público.

Teniendo como consecuencias la publicización de la actividad de los particulares y la privatización de la actividad del estado la creación de un mayor horizonte para la actividad del Estado y un menor campo privado para los particulares, así como la necesidad para el estado de invocar el Derecho Privado a fin de poder realizar las operaciones o negocios que hagan posible sus cometidos públicos.

El panorama que se nos ofrece es que a medida que el Estado agiganta su actividad entran al régimen del Derecho Público regiones que tradicionalmente estaban sometidas al régimen de Derecho Privado y, cuando le es imposible extender ese régimen no se detiene, aprovecha, utiliza, se --sirve del Derecho Privado para lograr sus tareas públicas. En condiciones tales el Derecho Público ha dejado de ser el único conjunto normativo encargado de regular la actividad del Estado; es imposible predicar de --él, "... es el conjunto normativo de reglas aplicables a esta persona soberana, que determinan su organización interior y rigen sus relaciones --con las demás personalidades, personales subordinadas si se encuentran en el territorio del Estado de que se trata; personalidades iguales, si son de otros Estados. Pero el objeto del Derecho Público ha tenido que ser --compartido actualmente con el Derecho Privado el cual por definición de --los jurisconsultos romanos ha sido ordenamiento normativo de la actividad de los particulares, ha hospedado en sus dominios reguladores a múltiples actos del Estado, por lo tanto el Estado en el desarrollo de sus actividades estará sometido a dos regímenes: el de Derecho Público y el de Dere--cho Privado.

PUBLICICIZACION DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

El Derecho Administrativo es la rama de la ciencia jurídica que ha experimentado la mayor parte de las consecuencias del intervencionismo -- económico del Estado. Este mismo ha visto acrecentados sus dominios jurídicos con una basta cantidad de material, lo cual puede observarse en forma muy clara y ostensible dentro del Derecho Mercantil como en el caso -- del nacimiento de la Empresa Pública y la práctica de Nacionalización en los cuales se puede constatar que numerosas materias y leyes mercantiles hoy figuran como netamente administrativas, pero a su vez existen casos -- en que las leyes mercantiles prohíban normas administrativas como en el -- caso de la Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley Federal de Instituciones de Crédito y Organismos auxiliares, Ley de Quiebras y Suspensión -- de Pagos, Ley de Instituciones de Seguros. Asimismo hay leyes adminis-- trativas que reciben aportaciones de normas jurídico-mercantiles para dar lugar a la Ley Federal de Turismo, Ley Forestal, Ley Federal de Radio y -- Televisión, Ley de Propiedad Industrial. Pero hay ocasiones en las que -- se confunden los caracteres tanto de las leyes administrativas como de -- las mercantiles y es difícil calificarlas como unas o como otras, tal es el caso de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, la Ley de Fomento -- de Industrias de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica.

Con todo lo anteriormente expuesto hacemos una afirmación de la tendencia existente en nuestro país es la de proliferar la Legislación Administrativa de contenido económico-mercantil, pero es aquí donde surge una discrepancia de opiniones en torno a la integración de un derecho mercantil administrativo o bien de un derecho administrativo mercantil o acaso esas normas jurídicas en cuestión deben de pertenecer exclusivamente al -- derecho administrativo o al derecho mercantil, pero este fenómeno debe ob servarse desde sus inicios.

Cronológicamente el procedimiento jurídico de la concesión fue el -- primer instrumento estatal para llevar a cabo actividades económicas, es-

ta figura jurídico-económica no se encuentra en desuso, pero su presencia en la vida económica de los Estados Modernos no es tan frecuente como lo es la Empresa Pública a través de la cual el Estado produce bienes y servicios económicos, comerciales o industriales, emparentando con las empresas privadas.

Dada la dificultad existente en la consecución para conciliar y armonizar el interés público del servicio fue necesario buscar una fórmula -- que conciliará esos intereses y esto se logró con las llamadas Sociedades de Economía Mixta, las cuales surgen del interés que tiene el Estado en una empresa en la cual no solo vigilará su organización y funcionamiento, sino que además formará parte de la sociedad que explota dicha empresa -- quedando asociados capital público y capital privado en el marco de una estructura de derecho común, que es la sociedad anónima, es aquí donde el Estado vigila, verifica, dirige y actúa.

La Administración Moderna a recurrido a otros procedimientos de gestión económica de derecho público paralelos a la economía mixta, destacando principalmente la descentralización por servicios que en cada país en que se ha utilizado ha recibido diversas denominaciones tales como Francia que la ha bautizado con el nombre de Establecimientos Públicos Industriales y Comerciales, de Regies y Sociedades Nacionales. En Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica funcionan las comisiones administrativas y por último en Italia, España y México ocurre algo muy similar al denominarsele institución pública descentralizada, Patronato, Fundación o Junta.

Esta pluralidad de términos y mimbretes ha causado una verdadera -- confusión, ya que muchos organismos descentralizados por servicio se localizan bajo estas denominaciones, pero a su vez en ocasiones dichos términos amparan organismos de distinta naturaleza jurídica. Como ejemplo en nuestro país encontramos que bajo la idea de Junta, Patronato o Fundación se crean auténticas asociaciones civiles u organismos descentralizados e inclusive fideicomisos conjugando así estructuras jurídicas, civiles, admi-

nistrativas o mercantiles al amparo de un título inexacto.

Pero es tal el descontrol en la materia que ha llevado al legislador mexicano a establecer organismos de naturaleza jurídica doble y contradictoria como es El Banco Nacional de Crédito Rural que por declaración de la Ley de Crédito Agrícola es un organismo descentralizado, en cambio por la forma de componer su capital se encuadra dentro de una sociedad anónima de economía mixta, presentandose así una incognita de hecho; es una institución pública administrativa o una institución privada-mercantil.

Para poder llegar a determinar soluciones o proposiciones acerca de la naturaleza administrativa o mercantil de la Empresa Pública y resolver si existen o no las sociedades anónimas de Estado será necesario analizar el concepto original de Empresa Pública, lo cual se hara en el siguiente capítulo.

PUBLICIZACION DE LA ACTIVIDAD DE PARTICULARES Y PRIVATIZACION DE LA ACTIVIDAD DEL ESTADO

Hablar de privatización de la actividad del Estado significa mayor esfera de acción del Estado, en cambio, hablar de publicización de la actividad de los particulares no representa sino menor esfera de acción para estos.

La publicización de la actividad de los particulares consiste en -- que terrenos en que siempre habían cultivado sus relaciones jurídicas los particulares-sometidos al régimen de Derecho Privado -pasan ahora a virtud del fenómeno a formar parte de los terrenos en que cultiva sus relaciones jurídicas al Estado-sometidos al régimen de Derecho Público, por esto el Derecho Privado pierde parte de su esfera de acción.

Por el contrario la privatización de actividad del Estado consiste en el uso de procedimientos o técnicas de Derecho Privado por el Estado - para la realización de sus fines. Esto es causado por las necesidades motivadas por la amplitud de las tareas o funciones del Estado que le obligan a rebasar los linderos del Derecho Público para servirse de los instrumentos del Derecho Privado que juzgue idóneos y necesarios para sus fines.

Esto viene a abolir las viejas ideas de que todo acto o intervención del Estado es siempre y necesariamente mediante procedimientos de Derecho Público y que consecuentemente todo acto del Estado supone su régimen público.

La privatización como podrá comprobarse, no modifica la naturaleza propia del Derecho Público y el Derecho Privado sólo se presta a ser utilizado sin alterar su ser propio.

La fuente común de explicación de la privatización y la publiciza--

ción es la magnitud de las actividades económicas del Estado contemporáneo que le han obligado a multiplicar los campos del Derecho Público y a internarse en los ámbitos del Derecho Privado.

Habiendo explicado el sentido de los términos privatización y publicización es menester explicar como se producen estos dos fenómenos debido al intervencionismo del Estado causa generadora de los mismos.

No siempre que interviene el Estado se generan los fenómenos indicados. El Estado como legislador, legisla tanto para regular la actividad estatal como la actividad de los particulares. La legislación que dicta es el Derecho Público y de Derecho Privado y acontece frecuentemente que ambos tipos de legislación se destinan a regir o a la actividad del Estado o a la de los particulares. En consecuencia cuando el Estado-legislador interviene no necesariamente "publiza" o "privatiza" -en sentido apuntado-, pues ni priva al Derecho Privado de algo que le corresponde ni - - obliga al Estado a usar el Derecho Privado.

Por ejemplo cuando una ley declara servicio público la distribución de electricidad o agua, o en ciertos servicios de transporte de ferrocarriles, que en México como en otros países (Francia, Inglaterra) fueron actividades de empresas particulares y sometidas al Derecho Privado, se esta "publizando" o sea se esta sometiendo al régimen del Derecho Público materias antes propias de aquel otro régimen del Derecho Privado.

En cambio cuando la ley permite u obliga al Estado, para resolver sus problemas o atender las necesidades públicas, usar de las técnicas -- o procedimientos del Derecho Privado, esta "privatización", tal sucede en los casos de actos jurídicos como el contrato de arrendamiento, el de compra-venta o en ciertas operaciones económicas - a las que haremos mención en los siguientes capítulos, donde el Estado se somete al régimen -- del Derecho Privado. Por último, hay otras leyes que no "publizan" ni -- "privatizan" se concretan a regular las relaciones jurídicas privativas - ya al Derecho Público o al Derecho Privado.

En el primer supuesto está la ley que reorganiza la competencia y funcionamiento entre los distintos órganos administrativos, o a la que regula el servicio militar nacional, o el de policía. En el segundo supuesto está la Ley de Congelación de Rentas que regula una materia por autonomía de Derecho Privado; arrendamiento, independientemente de que al hacerlo se proceda o no con justicia por beneficiar más a una de las partes contratantes: el arrendatario, con perjuicio del arrendador e inclusive, al margen de que tal como se han concebido esos ordenamientos legales representen una limitación al tradicional (1) principio de autonomía de la voluntad, erigida en "suprema ley de los contratos", pues en todo caso -- no se trata de una publicización o privatización - a pesar de ser indubitablemente intervencionismo del Estado - sino más bien - como afirma Savatier de una socialización, en que se trata simplemente de sustituir la autonomía de la voluntad por normas de Derecho Imperativo.

Dependerá del Estado-juez determinar en cada caso, si la ley "publiciza" o "privatiza", socializa o se mantiene conservadora, fijando criterios que orienten la opinión pública y la de los propios legisladores.

Es el Estado-Administrador el que en forma más manifiesta u objetiva nos enseña el intervencionismo de Estado con apoyo en la intervención del Estado-Legislador. A su intervención se le llama intervencionismo -- administrativo, que nos ofrece una gran variedad de grados y modalidades, en que apreciaremos mejor la publicización y la privatización, y sobre todo cuando la Administración Pública celebra contratos privados.

(1) Savatier, R. Les Meta morphoses économiques et sociales du Droit Civil D'aujourd'hui. Paris. 1948. p. 35.

EMPRESA PUBLICA

CONCEPTO. Antaño se consideraba imposible el uso del binomio: Empresa Pública, la asociación de estas palabras resulta inconcebible para el liberalismo, recordemos que hasta hace no pocos años las actividades económicas o lucrativas tenían casi en su totalidad como único el impulso de la iniciativa particular, hecha empresa privada, sin embargo el desarrollo económico de los países, la privatización de la actividad del estado y las experiencias últimas de nuestros días han probado plenamente que el estado prospera y triunfa en su nueva tarea de empresario. -- Las necesidades públicas económicas nacidas fundamentalmente a causa de las dos guerras mundiales comprometieron al Estado a iniciar trabajos -- que cumplieran el cometido de satisfacerlas. Para ello el Estado no tenía más que un camino a seguir: la Empresa, consagrada y recomendada por la Economía Política para las tareas económicas de los Estados como la más viable de las soluciones para esa difícil etapa de la humanidad.

Es de este modo como el Estado se convierte en un empresario por la fuerza de las circunstancias. Por el contrario de aquella época hoy en día son muy diversos los motivos que lo mueven a continuar las tareas económicas ya emprendidas, a incrementar y aumentar los campos económicos ya trabajados a emprender sus actividades económicas en nuevas áreas de trabajo.

A veces razones de orden político dan vida a Empresas Públicas, -- tal ha sucedido con algunas nacionalizaciones practicadas en Francia, -- Italia, Alemania, Inglaterra, Cuba, República Árabe Unida, etc., que -- tras de privar de su propiedad a particulares constituyen ese tipo de organismos.

En ocasiones aparte de la política y la fuerza de las circunstancias el Estado es impelido a crear Empresas Públicas por otros motivos --

que podríamos calificar de "Doctrinales".

La extensión y el dominio de las Empresas Públicas sobre las ramas más heterogéneas de la Economía Nacional demuestran suficientemente cosas: su papel de factor decisivo y rápido en el desarrollo económico - y la enorme y grave responsabilidad del Estado. No es exagerado decir: "La generalidad del fenómeno muestra que la Empresa Pública es considerada en principio como el medio técnico de obtener realización de planes - coordinados en todas las naciones, es decir, el mejor resultado económico y social para un volumen dado de medios humanos, materiales y financieros". (2)

Es contundente la veracidad de la frase escrita por Michael Drancourt, ante los hechos del mundo contemporáneo: "En todos los países industriales del mundo, el Estado es el primer empresario. Su presupuesto y el presupuesto de las colectividades públicas alimentan una parte esencial de las obras.(3)" Por lo tanto a quedado ampliamente demostrado que la empresa se ha aclimatado perfectamente al manejo por parte del Estado.

¿Qué significado tienen los dos términos que integran el binomio - "Empresa Pública"? Ante todo es una empresa como cualquier empresa privada. Siendo así empecemos por saber, ¿qué es una empresa?, ¿qué significa este término?, ¿cuáles son sus distintas acepciones? y ante todo - ¿cual es el sendero empleado en la actualidad para darle vigor?.

El vocablo empresa posee dos acepciones fundamentales: económica y jurídica. Sin embargo históricamente la palabra empresa es de cuño eminentemente económico. Su connotación económica no ha presentado grandes

(2) Andre G. Delion, L'Etat les Entreprises Publiques. Sirey, 1969, Paris. p. 13

(3) Michael Drancourt, Les Cles Du Pouvoir, Ed. Fayard 1964 Francia.

dificultades y tal vez ninguna. En palabras, en más o en menos, por empresa se entiende la organización de los factores de la producción.

Por el contrario el concepto jurídico de empresa ha encontrado serios escollos, entre otros destaca el uso continuo de sinónimos como negociación mercantil.

Tanto en la Doctrina como en la Legislación, especialmente en la Legislación mercantil hallamos diversas definiciones que se han ido agrupando en dos grandes corrientes: la empresa como organización o la empresa como actividad.

Al respecto Barrera Graf nos dice que la Empresa es la organización de una actividad económica que se dirige a la producción y al intercambio de bienes y servicios, en el pensamiento de este autor es preponderante la idea de organización sobre la de actividad misma. Para Roberto L. Mantilla Molina existen diferencias entre empresa y negociación -- mercantil; calificando a ésta última como la manifestación externa de -- aquella, y definiéndonosla como el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósitos de lucro, (4) encontrándose implícita la palabra actividad como fin a que se dedican las "cosas o derechos".

La negociación y la empresa para Mantilla Molina quedan conceptualmente diferenciadas al afirmar que la negociación es una forma de manifestación externa de la empresa, la realidad tangible que ha menester para actuarse, cuando es permanente, la organización de factores de la producción en que consiste la empresa; pero al mismo tiempo quedan indisolublemente ligadas ya como un cuerpo que proyecta una sombra, toda empresa se manifestaría en una negociación. Más sin embargo hay casos excepcionales en que existen empresas sin haber negociación, tal es el caso de quien realiza los contratos necesarios para dar una sola función teatral,

(4) Roberto L. Mantilla Molina Derecho Mercantil P. 97, Porrúa 1977.

realizan sin duda, una empresa de espectáculos públicos (artículo 75, - - fracción XI). pero si carece tal empresa de establecimiento, de bienes -- materiales, de nombre, de clientela, etc., no es posible considerarla exteriorizada en una negociación y no es susceptible, como las verdaderas - negociaciones, de ser objeto de relaciones jurídicas de compraventa, - -- arrendamiento, etc.; quien obtiene el capital necesario para explotar una industria, adquiere la maquinaria, materias primas, etc., a tal efecto -- necesarias e incluso celebra con el sindicato respectivo un contrato co-- lectivo de trabajo, no hay duda que ha organizado los factores de la producción y ha iniciado una empresa; pero sino llega a instalar en el lugar adecuado la maquinaria que compró, si no llega a lanzar sus productos al mercado, etc., no ha fundado una negociación mercantil. (5).

Amén del uso de otros vocablos como establecimiento mercantil o fabril, casa de comercio, almacén, etc., en las leyes mexicanas es frecuente el empleo de los vocablos: empresa y negociación como sinónimo.

El Código de Comercio tras usar en su articulado las ideas de empresa y negociación no llega a un concepto de ninguna. En el artículo 75 de dicho Código figuran como actos de Comercio diversas modalidades de empresa tales como empresas de abastecimientos y suministros: empresas de construcciones y trabajos públicos y privados; empresas de fábricas y manufacturas; empresas de transporte de personas o cosas, por tierra o por agua- y las empresas de turismo; empresas editoriales y tipográficas; empresas- de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y las empresas de espectáculos públicos. Con esto da a entender que son actos -- de comercio los que se refieren a las empresas, pero ¿Qué es empresa para este Código?. La única definición que he encontrado de lo que es una empresa es nuestra legislación vigente es la que nos da la ley de Navega- ción y Comercio Marítimos en su artículo 127: "Se entiende por empresa marítime el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valor incorpó

(5) Mantilla Molina, ob. cit., pág. 99.

reos coordinados para la explotación de uno o más buques en el tráfico -- marítimo (6)". Aún cuando no se trata de un concepto general, subyace en esta definición la idea de empresa, también encontramos en el proyecto -- del Código de Comercio de 1960 en su capítulo 1o. del Título Segundo, el artículo 598 reza: Se entiende por empresa o negociación mercantil el -- conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos -- coordinados para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera -- sistemática, bienes o servicios". De este modo encontramos la práctica -- legislativa del uso indistinto de empresa o negociación mercantil. Tal -- es el caso de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, usa frecuentemente la palabra empresa: en ocasiones -- en el sentido en que la define Barrera Graff como equivalente de negociación en otras como sinónimo de sociedad. Así mismo encontramos la pala-- bra empresa en la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1964 aunque sin darnos una definición expresa.

El concepto que se desprende pues de empresa presenta un gran inconveniente al incluir como elemento esencial la idea de lucro, puesto que -- puede existir empresa sin lucro, como lo son precisamente un gran número de empresas públicas que obtienen resultados económicos pero sin perseguirlos como lucro. Es seguro que la Empresa Pública recoge más bien la idea de empresa económica que la de Empresa mercantil. Por ello es que -- el régimen legal de las empresas públicas es más bien administrativo económico que mercantil-económico. El lucro, motor de las empresas mercantiles privadas es sustituido en las empresas públicas por el interés público.

De todo lo anterior concluimos que empresa es una actividad económica organizadora de diversos elementos, destinados a producir bienes o servicios. Pero si bien esta idea se aplica a lo que son empresas públicas,

(6) Diario Oficial 21 de Noviembre de 1963.

en éstas domina más el concepto de organismo económico que de actividad económica. Como organismo económico la empresa pública coordinará una serie de elementos para cumplir su tarea de producir bienes o servicios.

Si ya sabemos que la empresa pública es un organismo económico y -- por lo mismo sometida a las normas de Derecho Económico, ¿Qué alcance -- debemos dar a su carácter público?.

Su carácter público no se deriva del régimen jurídico a que se someten, pues algunas se sujetan al Derecho Público y otras al Derecho Privado.

Dicho carácter público de las empresas públicas es el resultado a la vez de la propiedad pública de los bienes que integran su patrimonio y del interés público al cual están afectados. Si bien en muchos casos la personalidad jurídica de Derecho Público, es el legislador quien atribuye a una empresa la causa misma de la cualidad pública, también en numerosos casos en que la Empresa Pública posee una personalidad jurídica de Derecho Privado, como sucede con las sociedades anónimas de economía mixta.

De este modo encontraremos Empresas Públicas con régimen de Derecho Público y Empresas Públicas con un régimen de Derecho Privado, y seguramente otras en que el régimen jurídico sea mixto en iguales o distintas proporciones.

El único modo de explicarse el carácter público de las empresas con régimen de Derecho Privado es tomando en cuenta que los bienes de tales empresas son propiedad pública y que se destinan a fines de interés público.

En conclusión, Empresa Pública es un organismo económico, coordinador de diversos elementos y bienes del Estado para producir bienes o servicios. Su carácter económico, que traduce la palabra empresa, exige su autonomía frente al Estado, pero la palabra pública debe traducirse en --

obediencia al Estado quien la controlará y llevara su dirección.

Con mucha razón André G. Delión declara que: "La difícil misión del Estado es definir un equilibrio entre esos dos caracteres y de vigilar -- su mantenimiento (7).

El régimen jurídico especial de las Empresas Públicas se deriva de una doble titularidad que ejerce el Estado al ser propietario y director de las mismas, producto de la apropiación estatal de los bienes que integran el patrimonio de dichas empresas y su función de interés público, -- que finalmente es carácter público de este tipo de empresa.

Este es el modo como se han podido conciliar dos regímenes jurídicos en la realización de tareas económicas de interés público, es decir -- la empresa pública como organismo económico, se impone la aplicación del derecho común y como propiedad estatal, es imprescindible la aplicación -- del derecho público.

Balancear los dos regímenes y determinar el grado en que han de -- aplicarse a cada empresa es algo que no se ha resuelto en definitiva ni -- satisfactoriamente en ningún país.

Son varios los motivos que nos obligarían a pensar que el derecho -- común que regula las empresas privadas es el derecho económico que debe -- regir a las Empresas Públicas. No de otra manera se podría explicar por -- que el Estado ha llegado a ser un buen empresario. En los países en que proliferan estas empresas se puede comprobar fácilmente que su funciona-- miento se deja al dominio del Derecho Mercantil y del Derecho Civil.

Sobre todo ese dominio se manifiesta en la gestión financiera y con -- table de las empresas públicas. Por ejemplo, el número y la celeri- - -

(7) André G. Delión, L'Etatelles Enterprises Publiques. Sirey, 1959
Paris. p. 14.



dad de las operaciones, desprovistas de formalidades, que llevan a cabo solo son posibles a través de los canales del Derecho Mercantil. El formalismo que revistan de ordinario las operaciones administrativas servirían mas bien de dique que de cauce. La claridad y sinceridad en la descripción contable de sus actividades es condición a toda empresa que habita un clima que no soportaría presupuestos artificiales o falsos y desvíos económicos.

Pero si bien, por su vida interna, por el ambiente en que se mueve, porque dejaría de ser empresa, la aplicación del Derecho Privado es esencial a las Empresas Públicas, es cierto también que el no absorbe todo - su régimen jurídico. Efectivamente las Empresas Públicas están sometidas a la tutela económica del Estado y ella les impone ciertas modalidades que modifican sus condiciones normales de actividad. Cuenta mucho - que el Estado sea propietario de tales empresas y que el motor de su funcionamiento no sea el lucro de las empresas privadas sino el interés público de la función pública.

Aquellas modalidades, que apoyan la aplicación del Derecho Público a la organización o al funcionamiento de las empresas públicas, obedecen a dos factores o causas: a la propiedad estatal de los bienes de las empresas y al interés público del servicio económico que prestan. Es decir que esas modalidades consisten en imponer normas de derecho público del servicio económico que prestan. Es decir que esas modalidades consisten en imponer normas de Derecho Público a una empresa que rige normalmente por el Derecho Privado, atendiendo a las dos causas apuntadas.- Entiéndase que esa aplicación es solo parcial.

Hay Empresas Públicas que atienden a un servicio público económico, y son las más numerosas, pero ello no niega que las halla también -- que no lo presten. Habrá además empresas que presten un servicio público económico con o sin la aportación económica del Estado.

Los casos de empresas que sin la aportación económica del Estado - prestan un servicio público económico no son las Empresas Públicas, pues

como recordaremos el carácter público de estas empresas proviene de la -
conurrencia de dos elementos: propiedad pública y actividad de interés-
público.

Esto sin dejar de reconocer que en este tipo de empresas el régi--
men jurídico es de Derecho Privado, principalmente, y de Derecho Público
-en parte- en razón misma de la naturaleza del servicio que se presta. -
Respecto al manejo de estas empresas el Estado no tiene una auténtica tu
tela económica - que implica su dirección - sino un control o vigilancia
derivados del ejercicio de sus facultades de policía económica, en aten-
ción a la actividad de interés público que se desarrolla. Bajo el mismo
poder quedan aquellas empresas cuya actividad económica no es servicio -
público que interesa al Estado vigilar, sin importar inclusive que cuen-
ten con alguna ayuda económica estatal - subsidio -, pues esta no con- -
vierte al Estado en empresario o en accionista.

En cuanto a las Empresas Públicas si prestan o no un servicio pú--
blico económico ello es irrelevante para determinar su régimen jurídico.
Es bastante que su actividad represente un interés público aunque no lle
gue a ser servicio público. No exige en consecuencia una relación obli-
gada entre Empresa Pública y Servicio Público. Es inexacto decir que --
Empresa Pública es servicio público y lo mismo que servicio público es -
una empresa pública. Por lo demás la noción misma de servicio público -
económico es bastante contingente. A este tipo de servicios conocidos -
como servicios públicos industriales y comerciales debemos lo que podría
llamarse "crisis de la noción del servicio público". En efecto, el ser-
vicio público económico a abandonado la concepción tradicional del servi-
cio público administrativo.

Por ejemplo ha terminado con su noción orgánica, que hacía todo --
servicio público un organismo público necesariamente (ya vimos que hay -
organismos privados que prestan servicios públicos). Igualmente ha he--
cho perder toda su fuerza al principio de que todo servicio público es -
un régimen de gestión (de Derecho Público)- conocemos empresas de servi-
cio público sometidas al Derecho Privado.

La noción material de servicio público ha extendido en tal forma su dominio que le ha sido del todo desfavorable haciéndose más imperioso su concepto.

Para saber si la empresa pública realizó o no un servicio público - es necesario preferir la concepción subjetiva del mismo a la objetiva. -- Es decir que habrá servicio público cada vez que así lo decida el Estado o Gobierno en forma expresa o según las prerrogativas y obligaciones que establezca y que denuncien su voluntad.

El interés en saber si la empresa pública lleva a cabo un servicio público o no, recide en que cuando lo presta, la empresa queda sujeta a un control y a una dirección más severos que si no lo presta. Y no solo, sino que además, los imperativos de su organización y funcionamiento económicos de la empresa pueden relegarse a un segundo plano. La inversión como tal puede sacrificarse a cambio del servicio público. En este supuesto el Derecho Público tendrá un mayor dominio sobre el régimen jurídico de la empresa que el Derecho Privado.

Por otra parte nos encontramos con empresas públicas que pertenecen absolutamente al Estado y empresas que pertenecen al Estado y a los particulares. A la primera categoría corresponden los establecimientos públicos industriales y comerciales y algunas reglas y sociedades de Estado -- en Francia, que encubren verdaderos establecimientos públicos de esa índole.

En México forman parte de esa categoría algunos organismos descentralizados por servicio con actividades económicas (Petroleos Mexicanos, Ferrocarriles Nacionales de México) y Comisiones, Patronatos, institutos que ocultan aquél tipo de organismos (Comisión Federal de Electricidad, Patronato del Maguey, Instituto Mexicano del Café, etc.).

En la segunda categoría quedan comprendidas las llamadas sociedades de economía mixta, conocidas también como empresas de participación estatal. Este tipo de empresas es muy numeroso en los países occidentales y

en México abarcan principalmente actividades económicas: Nacional Financiera, Banco Nacional de Comercio Exterior, B.C.H., etc.

Cuando decimos que el Estado es propietario de las empresas públicas queremos indicar con ello que se trata de propiedad pública que se opone a la propiedad privada de los particulares, aún cuando sabemos que los bienes que forman el patrimonio de las Empresas Públicas (organismos descentralizados o sociedades de economía mixta) son de la propiedad concreta de éstas. Y aún dentro de esta idea habría que precisar que en las sociedades de economía mixta, si el Estado es accionista mayoritario él es de hecho el propietario, aunque de derecho lo sean también los particulares; si el Estado es accionista minoritario, la propiedad se divide entre él y los particulares, aunque de hecho es de los últimos y, a veces, según los casos, sea en realidad del Estado.

INTERVENCIONISMO ADMINISTRATIVO

El intervencionismo administrativo, que significa la más típica y acentuada expresión del intervencionismo del Estado, presenta matices -- tan numerosos que resulta más que imposible captarlos en clasificaciones rígidas o cerradas. Si se advierte por sus distintas tonalidades que, - el intervencionismo administrativo sigue una escala o una trayectoria de menor a mayor intensidad. Esta trayectoria quedaría trazada entre los - extremos de la tradicional función de policía y los nuevos servicios públicos industriales y comerciales de la Administración Pública o sea en otros términos, de la Administración Pública espectadora de la actividad privada a la sustitución de ésta por la actividad pública de la Administración.

En el proceso de desarrollo del intervencionismo administrativo y por las formas adquiridas para manifestarse no todo se traduce en publicación o privatización. Sin embargo, para darse cuenta más completa del campo en que se producen esos fenómenos, haremos cita de los cuadros de intervencionismo administrativo contruidos por diversos autores.

Roger Bonnard en sus Précis de Droit Administratif en el capítulo que dedica al estudio de las intervenciones de Estado forma los siguientes grados de intervencionismo administrativo:

1o.- Ayuda y fomento de la actividad de los particulares (aquí es de especial valor la política de fomento mediante subvenciones, subsidios y exenciones fiscales).

2o.- Control y vigilancia de la actividad privada, que entre las distintas modalidades que reviste, la demás enérgica intervención es la de autorización previa.

En efecto, la administración pública de nuestros días cuenta entre los instrumentos más idóneos para controlar la actividad de los particulares el sistema de autorizaciones y permisos cuyo otorgamiento condiciona el ejercicio de los derechos de los particulares. Podemos afirmar -- sin titubeos que en México ese sistema es el que canaliza gran parte de la actividad económica de los particulares (sobre todo en el permiso de las importaciones).

3o.- Sustitución de la actividad privada por la actividad de la Administración. Para Bonnard la sustitución implica hacer servicio público lo que antes era actividad o servicio privado. El estado o la Administración Pública pueden hacer un monopolio del servicio o permitir que otros particulares presten concurrentemente el mismo servicio. La Administración Pública según la opinión de Bonnard puede resolver no prestar directamente el servicio sino entregarse a un establecimiento público o darlo en concesión. (8).

Ripert en su obra *Le Declin du Droit*, preocupado por las invaciones que está haciendo el Derecho Público sobre los campos reglamentados por el Derecho Privado nos proporciona los procedimientos que el Estado emplea para alcanzar aquel resultado invasor, que él califica de regresión jurídica.

La primera forma que cita es la de prohibición pura y simple, que a su juicio crea un régimen que abate la iniciativa de empresa por ejemplo las numerosas prohibiciones de hacer, de contratar que obstaculizan la realización de operaciones o transacciones que paralizan toda empresa.

La segunda forma de intervención es la autorización que para Ri-

(8) Roger Bonnard. *Précis de Droit Administratif*. Ed Sirey. Paris 1945.

pert tiene un valor jurídico distinto que para un administrativista. Para éste la autorización o permiso solo condiciona el ejercicio de un derecho de los particulares al cumplimiento o satisfacción previa de una serie de requisitos, los cuales previstos por la norma legal garantizan el interés público de por medio. Para el privatista según Ripert, la autorización viene a ser una clasificación jurídica del acto que se somete a ella. Sin la autorización administrativa el acto carecerá de validez jurídica. He aquí una consecuencia de Derecho Privado producida por un acto de Derecho Público. Pensemos por ejemplo, en la autorización necesaria para construir sociedades mercantiles o para realizar innumerables actos de comercio exterior.

La tercera forma de intervención es el mandato positivo de hacer. La Administración Pública interviene para imponer obligaciones de hacer a los particulares. Ya no son el contrato privado o la Ley Civil en forma concreta, los únicos medios jurídicos para imponer tales obligaciones a los particulares, ahora la Ley Pública en forma abstracta o indeterminada impone a los particulares deberes de hacer: vender cosechas a una empresa (en México la CONASUPO), explotar determinadas industrias, etc.

La cuarta forma es la inspección y vigilancia de las explotaciones privadas, que se lleva a cabo en opinión de Ripert, a través de pretextos o motivos como la protección de los trabajadores, la recaudación de los impuestos o por medio de la constitución de empresas de economía mixta.

La quinta y última forma de intervención, estimada como el grado máximo de intervención administrativa en el sector privado es la nacionalización. A juicio de Ripert el propósito de la Nacionalización es de orden político y con ella se pretende "destruir las explotaciones privadas en determinados sectores de sustituir un sistema capitalista por un sistema de producción en manos del Estado; es dice un principio de socialización."(9).

(9) Ripert. G. Le Déclin de Droit. Paris.

En su obra Précis Elementaire de Droit Administratif, M. Hauriou - advierte con toda nitidez los hechos que conducen a la publicización.

"Las circunstancias, pueden en principio, obligar a la administra-- ción a intervenir en la distribución así como en la producción de bienes - económicos, dominios tradicionalmente reservados a la iniciativa privada.- en tales circunstancias, la necesidad de distribuir mejor los productos -- elaborados y por consecuencia de utilizar las mejores materias primas, pue- de incitar a la Administración a tomar en sus manos la coordinación y tam- bién la dirección de la economía y por consecuencia invadir ampliamente -- el dominio de la vida y de las actividades privadas. (10).

De aquí provienen las transformaciones de las empresas privadas en - empresas públicas y de las actividades privadas industriales y comerciales en servicios públicos industriales y comerciales, que solo se justifican - en opinión de M. Hauriou por el interés público. No ha escapado a su ob- servación el fenómeno de la privatización: "En principio, la ejecución de todo servicio es una operación administrativa y los procedimientos de eje- cución son administrativos, es decir, requieren del Derecho Administrati- vo, pero el principio comporta excepciones." Primeramente, la ley misma -- impone a la administración la obligación de emplear medios de Derecho Pri- vado. En segunda es sabido, que para ciertas operaciones, se ha dejado -- en libertad a la Administración para usar medios administrativos o bien -- medios civiles o comerciales. (11).

Estos son los conceptos de un jurista que si bien no vivió la era -- actual de nacionalizaciones y de las empresas de Estado, si pudo advertir- la posibilidad jurídica de que la Administración sometiera su conducta a - las gestiones privadas y al Derecho Privado.

(10) Hauriou, Maurice. Précis Elementaire de Droit Administratif, p. 12. Ed. Sirey. Paris 1943.

(11) Hauriou, Maurice, ob. cit., pág. 22-23.

Por otra parte es necesario citar la opinión de Paul Duez y Guy Hebeyre autores de la obra *Traité de Droit Administratif* que enmarcan la intervención de la Administración Pública en tres procedimientos: policía administrativa, servicio público y colaboración de la empresa administrativa y de la empresa privada, afirmando: "En un momento dado, en un país determinado, se estima que la satisfacción del interés general debe ser asegurado, en tal caso particular, por una intervención mas o menos fuerte de la Administración". La intervención mínima es el procedimiento de policía que consiste en dejar hacer al individuo y sólo limitar su actividad por disposiciones de carácter preventivo, si ella corre el riesgo de convertirse en perjudicial para el interés general. Este servicio puede en ocasiones entrar en concurrencia con la iniciativa privada o constituir un monopolio.

Puede funcionar siguiendo los procedimientos del Derecho Privado -- (gestión privada) o recurrir a procedimientos autónomos especiales no teniendo su correspondiente en el Derecho Privado (gestión pública).

Entre estos dos polos extremos, existe una zona intermedia en la cual se ve de una parte los individuos privados colaborando en el funcionamiento de un servicio público y por la otra la Administración ayudando y controlando la iniciativa privada trabajando en vista del interés general (12) Esta zona intermedia se significa por dos procedimientos: la empresa privada que penetra en la empresa administrativa y la Administración que penetra en la empresa privada. (13).

Con todo lo anterior podemos poner de manifiesto y con categoría -- de obvios los siguientes hechos:

1o.- El intervencionismo administrativo.

(12) Paul Duez y Guy Hebeyre, *Traite de Droit Administratif*. Pp. 6-7.

(13) *Idem*, p. 554.

2o.- Grados mínimos y máximos de manifestarse.

3o.- La actualización de los fenómenos de publicización y privatización;

4o.- El uso del procedimiento de Derecho Público o de Derecho Privado por la Administración Pública para satisfacer el interés general.

Es la actividad económica del Estado lo que ha originado y motivado el intervencionismo administrativo así como las consecuencias de éste.

EL ESTADO PERSONA PUBLICA Y PERSONA PRIVADA.

Obligado por las circunstancias el Estado contemporáneo ha olvidado o roto los viejos moldes del Derecho para buscar otros que le permitan -- realizar eficazmente sus tareas económicas. El Derecho Público que tradicionalmente ha organizado al Estado y regulado sus actividades, ha permitido este último monopolio. Sus principios, estructuras y medios han resultado insuficientes e inadecuados para regular al nuevo Estado-Empresario. El Derecho Privado que en irreconciliable antagonismo con el Derecho Público monopolizó por siglos la actividad de los particulares, convencido de que ésta era su única meta y zona de aplicación, ha venido perdiendo día tras día parte de sus dominios y se ha visto en la necesidad de mirarse utilizado en actividades del Estado, sin que lo impidan las -- teorías o filosofías pues siempre los hechos y la realidad social han impuesto su superioridad. Resulta inobjetable en forma teórica o practica-- que la Administración Pública pueda o deba someterse al régimen de Derecho Público o excepcionalmente al régimen del Derecho Privado o a ambos a la vez en determinadas operaciones.

La Administración Pública Moderna requiere de una especial organización económica y de nuevos procedimientos jurídicos, no sólo los del Derecho Privado, sino de otros dentro del mismo Derecho Público. A las instituciones jurídicas administrativas tradicionales se han unido otras de acentuado carácter económico, cuyo régimen jurídico ha permitido la convivencia de las ramas que forman el Derecho, trayendo consigo todos los problemas de límites y fronteras que no han resuelto ni filósofos ni juristas. Esto es explicación de porque al estudiar el régimen jurídico a que están sometidos los contratos que realiza la Administración Pública no vacilamos en afirmar que es de Derecho Público o de Derecho Privado y, consecuentemente que podemos admitir y sostener la existencia jurídica de -- los contratos administrativos públicos y de los contratos privados de la Administración.

Entre las teorías más aceptadas para exponer los actos privados del Estado están la de la doble personalidad del Estado o sea la personalidad de Derecho Público y de Derecho Privado y la de la única personalidad con doble manifestación de voluntad: de Derecho Público y Derecho Privado. De entre ellas la sostenida por la jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, es la teoría de la doble personalidad que también acoje nuestra legislación administrativa (sobre la teoría de la doble personalidad del Estado ver: tesis núm. 451, tomo II, pág. 875; Tomo II C. - C.J. de la Fed., V Epoca; tomo XXXIV S.J. de la Fed.; tomo XXXV, pág. - - 1112; tomo LXI, pág. 218; tomo LXX, pág. 3376. Algunos ministros de la - H. Suprema Corte de Justicia de la Nación han sostenido la tesis de la -- personalidad única del Estado, como el C. Ministro José Rivera Pérez Campos, ponente en la toca 4532/52/2a., de fecha 17 de febrero de 1954).

Pero cualquiera que sea la teoría que se esgrima, ésta siempre se verá girando alrededor de una realidad: el Estado, la Administración puede y así lo hace someter sus actos al régimen del Derecho Privado.

"Hoy dice Laubadère, después de mucho tiempo, la teoría de los contratos de la Administración descansa sobre la distinción fundamental de los contratos administrativos propiamente dichos y de los contratos de Derecho Privado celebrados por la Administración". La distinción misma es hoy indiscutida. Los tribunales la aplican cotidianamente. Ella no constituye más que una manifestación de ese principio general de nuestro Derecho Administrativo según el cual las colectividades públicas, en la realización de sus actividades jurídicas, emplean paralelamente tanto los -- procedimientos de la gestión pública como los de la gestión privada. (14).

"En consecuencia no basta como se había creído y pensado tradicionalmente que intervenga la Administración Pública en un contrato para que éste sea administrativo, pues este calificativo no depende de la calidad

(14) André de Laubadère, Traite Théorique et Practique des Contrats Administratifs. Ed. Libraire Général de Droit et Jurisprudence. Paris. - Tomo I, pp. 8 y 9.

de su autor ya que"... el hecho de que un agente administrativo determinado haya contratado no basta engendrar el contrato administrativo; ese - - agente podrá en efecto, recurrir también al procedimiento de la gestión - privada implicando el contrato ordinario de Derecho Privado. (15).

(15) Duez y Debeyre, ob. cit. p. 192.

SERVICIOS PUBLICOS ECONOMICOS

EMPRESAS DESCENTRALIZADAS.

EMPRESA NACIONALIZADAS y

SOCIEDADES ANONIMAS DE ESTADO.

La empresa pública de propiedad pública, únicamente, es una organización administrativa creada por el Estado. El servicio público que realiza es a través de una personalidad jurídica y con un patrimonio propio. Su estructura administrativa la hace formar parte de la Administración Pública en general, pero su autonomía le permite actuar separadamente. Funciona con una personalidad distinta a la del Estado y sus operaciones e inversiones encuentran apoyo en un patrimonio propio, sin que su presupuesto forme parte del presupuesto general del Estado. Pero su autonomía y funciones económicas no rompen con la unidad de la Administración, pues logran armonizar con ella en virtud de estar vinculada con el Estado a través de la tutela económica que, éste ejerce sobre aquella.

Tales son los elementos esenciales que la teoría asigna a organismos descentralizados que prestan servicios económicos. Por el contrario en la legislación no se conservan estos rasgos con la misma pureza, ya que en numerosas ocasiones se desvanecen o debilitan por diversos motivos.

El organismo descentralizado por servicio en su concepción originaria teórica y legislativa, se ocupa exclusivamente de servicios de orden administrativo tales como la defensa exterior e interior, educación, justicia, salubridad, caminos, etc. Entonces la concepción orgánica del servicio era dogma a tal grado que decir servicio público era lo mismo que organismo público. En el momento que el Estado se inicia en actividades económicas hasta convertirse en un gran empresario cuando el dogma empie-

za a perder validez hasta que por fin se destruye, es entonces cuando se admite que los organismos privados empiecen a prestar servicios públicos, pero además se rompe con la noción material del servicio público que privaba para hacer imprecisos sus límites y contornos propios, poniéndose en duda que actividades económicas que realiza el Estado son propias de él y por lo mismo pueden con exactitud llamarse servicios públicos. Aparece - inevitablemente el novedoso concepto del servicio público económico o mejor conocido como servicio público industrial o comercial.

Con la aparición del servicio público comercial e industrial no sólo cayeron de su base viejas concepciones como la del servicio público administrativo y la del establecimiento público administrativo o sea la concepción orgánica del servicio, sino que además se inicia la etapa que la doctrina francesa llama "crisis de la noción de servicio público". Diversos motivos han inspirado al jurista francés para pensar en esa crisis, - que presenta obligadamente la crisis misma del órgano administrativo que lo presta o sea la crisis de lo que es establecimiento público (u organismo descentralizado por servicio).

Efectivamente, la crisis existe, y México ha penetrado a través de una legislación administrativa económica que paulatinamente ha ido objectivando las ideas que venimos exponiendo y que se resume, como dice Martial Simon en su obra La Notion D'Etablissement Public en Droit Administratif Francais, en la conquista del Derecho Privado por el Derecho Público.

Esta llamada crisis se explica por dos motivos fundamentales:

La imprecisión de la noción de servicios públicos, nacida del aumento de actividades del Estado, en especial de orden económico y consecuentemente.

El régimen jurídico de Derecho Público y de Derecho Privado a que - se someten esos servicios y no uno especial de Derecho Público como antes se imponía.

La primera razón explica que junto al Estado Administrador nos ha-- llamamos al Estado-Empresario. Ahora bien, para hacer posible esta duali-- dad, el Estado abandona como único el régimen jurídico especial que es el de Derecho Público, y se sujeta al régimen de Derecho Privado. Este últi-- mo sometimiento se ha traducido en dos grandes consecuencias: adoptar es-- tructuras no administrativas, como la sociedad anónima, para prestar los-- servicios públicos económicos y conquistar poco a poco terrenos del Dere-- cho Privado mediante leyes que más son administrativas que mercantiles. - El procedimiento empleado para este fin ha sido en nuestro medio tal vez-- más lento que en otros, pero bien claro en sus propósitos, de ir reforman-- do la legislación mercantil y civil para adaptarla a los intereses públi-- cos del Estado. A veces la transformación ha sido más radical y se dicta una legislación derogatoria de aquella.

La conclusión que debemos sacar de esa crisis o fenómeno, es la que nos presenta Rene Connois: "Ampliar la noción de organismo descentralizado por servicio (establecimiento público en Francia) y comprender así los -- servicios públicos industriales y comerciales y hacer abstracción del ré-- gimen jurídico en el sentido que él no interesa - Derecho Público o Dere-- cho Privado - para determinar aquella noción (16)."

En consecuencia el tipo de empresa pública que señalamos al empezar a hablar de los organismos descentralizados se regirá por el Derecho Pú-- blico, y en esto reside y consistirá la imprecisión de su régimen jurídi-- co y damos la razón a M. Waline cuando afirma: "es casi imposible dar ac-- tualmente una definición rigurosa de establecimiento público y de caracte-- rizar con precisión su régimen jurídico."(17).

Si la tradición jurídica impuso un régimen jurídico de Derecho Pú-- blico y un organismo público como condicion es para que existiera servi--

(16) Rene Connois. La Notion D'Establissement Public in Droit Administra-- tif. Francais. Paris 1965. p. 10.

(17) M Waline, Traité Elementaire du Droit Administratif, 6a. Edición , Paris, p. 345.

cio público, en nuestros días el servicio público se presenta por organismos públicos o privados y su régimen puede ser público o privado e incluso mixto. Decir ahora servicio público no implica pensar necesariamente en un régimen jurídico especial y en un organismo público. Contrariamente a esta idea Rene Connois afirma: "Para nosotros, el término "servicio-público" empleado para definir el establecimiento público no puede tener más que un sentido, aquél de organismo público". (18) En cambio si aceptáramos decir que todo organismo descentralizado por servicio implica la existencia de un organismo público y de un servicio público, sin hablar nada de su régimen jurídico.

Derivada de esa realidad la empresa pública u organismo descentralizado a pesar de ser un organismo público que incluso forma parte de la Administración Pública, y de prestar indudablemente un servicio público, -- sin embargo su régimen jurídico no es únicamente de Derecho Público ya -- que no excluye en muchas de sus actividades al Derecho Privado.

En la práctica legislativa mexicana son numerosos los casos en que se constata que esos organismos poseen un régimen jurídico mixto. Es -- cierto que predomina el de Derecho Público pero también lo es que el Derecho Privado rige algunas de sus actividades más importantes. Por ejemplo Petróleos Mexicanos, Ferrocarriles Nacionales de México, Comisión Federal de Electricidad, Instituto Mexicano del Café, etc., realizan una serie de contratos y actos jurídicos sometidos al Derecho Mercantil y Civil.

En Francia, después de haber notado que desde la primera guerra mundial 1914-1918, el papel del Estado se estaba extendiendo ampliamente en el dominio económico, se pensó que "la gestión de esos nuevos servicios -- demandaba la ampliación de reglas de administración y de control más simples y más apropiados a su objeto que aquellas de los servicios públicos--

(18) Rene Connois, ob. cit., p. 31.

ordinarios. Era necesario, para las empresas de naturaleza industrial o comercial inspirarse en los métodos en vigor en las empresas privadas. -- (19)."

Esto es manifiesto por ejemplo en los siguientes organismos (establecimientos públicos industriales o comerciales). Electricidad de Francia, Gas de Francia. Regie Autónoma de Petroleos, Regie Nacional de Industrias Renault, Oficina Nacional Industrial de Azogue, etc.

Esa situación es tan evidente que incluso se puntualiza que el régimen jurídico de los organismos descentralizados "administrativos" y el de los de carácter económico (industrial comercial) es diferente, aún siendo públicos, prestar servicios públicos y formar parte de la Administración Pública. Su origen es el mismo, creación del Estado, y están igualmente bajo la tutela de éste, pero "las reglas que gobiernan su estructura y su comportamiento son adaptadas al fin que persiguen respectivamente y son por consecuencia diferentes. Aquel que se mezcle muy de cerca en la vida económica se comporta a menudo como una empresa cualquiera y se coloca cotidianamente en la zona de aplicación del Derecho Común."(20)

En México no es de uso corriente la expresión "Empresa Pública", sobre todo en la legislación administrativa. En la doctrina reina absoluta anarquía pues su empleo se hace con falta de criterio. Las locuciones -- acuñadas son: organismo público descentralizado o institución pública descentralizada, sin diferenciar la naturaleza del servicio público que prestan: administrativo o económico y sin quedar desvirtuadas por el membrete que las exhibe: Comisión, Instituto, Junta, etc.

En Francia por el contrario su uso es frecuente sobre todo para referirse a establecimientos públicos industriales y comerciales. Pero ade

19) René Connois, ob. cit., pág. 187.

20) Bernard Chenot, Organization Economique de L'Etat, Dalloz, Paris - - 1951, p. 302.

más tanto la doctrina como legislación francesas han puesto en circulación otras fórmulas tales como: empresa nacionalizada Sociedades de Estado, Oficinas, que han creado un clima de incertidumbre sobre su verdadera naturaleza jurídica y su régimen jurídico.

Es precisamente la nacionalización el instrumento político y jurídico que ha permitido a países como Italia, Inglaterra, República Árabe Unida y sobre todo a Francia impulsar su desarrollo económico por la acción directa del estado. Actividades económicas principales como la banca, seguros, industrias básicas: minas, petróleo, gas, electricidad, maquinaria, transportes, etc., han sido nacionalizadas. A través de ese procedimiento se han creado deliberadamente auténticas empresas públicas, de exclusiva propiedad pública o nacional.

Decimos que deliberadamente porque el Estado ha tenido en su voluntad, en el momento de nacionalizar el de llevar a cabo por si actividades económicas básicas del país sirviéndose de los cánones propios del derecho económico que son concretamente los del Derecho Común.

Así entiende la "empresa nacionalizada" A. de Laubadère, quien afirma: "Importa precisar que la noción de empresa nacionalizada, en cuanto que designe una categoría jurídica, no tiene más que un valor relativo. Como la expresión misma lo indica la empresa nacionalizada no se define más que por una circunstancia contingente, a saber, las condiciones particulares de su creación: pero, por su objeto ella no constituye más que un género de servicio público industrial o comercial. Solamente se encuentra que de hecho esas empresas han sido sometidas a un régimen jurídico que el legislador ha querido aproximar al régimen de las empresas privadas conocidas de una manera más acusada que otros servicios." (21).

(21) A. de Laubadère, Traite Elementaire de Droit Administratif 1953, Paris. núm. 1182.

Aquel régimen se revela en la nacionalización de la banca en Italia, de la banca y las telecomunicaciones en Inglaterra, en este país incluso se ha pensado últimamente en nacionalizar la industria siderúrgica. En Francia, por ejemplo, el artículo 5o. de la Ley del 25 de Abril de 1946, que nacionalizó 34 Sociedades de Seguros, precisa que aquellas conservan su estatuto de Sociedades Mercantiles; en el mismo caso las empresas de Gas y Electricidad de Francia, en el artículo 4o. de la Ley del 8 de -- Abril de 1946 se indica que están sometidas en lo que concierne a su gestión financiera y contable a las reglas en uso en las Sociedades industriales y comerciales y están sujetas a los impuestos como esas sociedades. En México después de nacionalizarse la Compañía Mexicana de Luz y Fuerza Motriz, S.A., la empresa ha seguido bajo el régimen jurídico propio de su estructura de Sociedad Anónima. -- aunque de sociedad ya no tenga nada.

En las empresas nacionalizadas se ven claramente aquellos fenómenos de la publicización de la actividad privada y la privatización de la actividad estatal o pública.

En efecto como dice Bernard Chenot nacionalizar una empresa "es hacerla pasar del sector privado al sector público..." Toda nacionalización supone a la vez una transmisión de propiedad, de un patrimonio privado a la colectividad pública y la organización de una nueva forma de gestión que sustrae una empresa de la iniciativa privada para hacerla una -- empresa pública. (22) Este cambio de propiedad privada a estatal y de -- forma de gestión en cuanto a la mutación de empresa privada en empresa -- pública que ampara la nacionalización, se consagró en la Constitución -- Francesa de 1946, que al pie de la letra dice: "Todo bien, toda empresa, cuya explotación tenga o adquiera los caracteres de un servicio público -- nacional o de un monopolio de hecho debe transformarse en propiedad de la

(22) Bernard Chenot, ob. cit., pág. 357-358.

colectividad" es decir, una regla de Derecho Público propiciaba un régimen jurídico, el de la empresa pública, que acoge como sabemos de Derecho Público y de Derecho Privado. Es así esto porque la nacionalización tiene por objeto una empresa en sentido económico y no jurídico.

Auspiciando la Nacionalización la transmisión de la propiedad de la empresa privada a manos del Estado, es necesario precisar que esa operación no siempre comprende a toda la empresa, sino que a veces sólo a una parte. Es decir, que hay supuestos en que se nacionaliza una parte de la empresa y la otra se deja en propiedad privada. En el primer caso se tratará en rigor de una empresa pública; en el segundo en cambio la empresa que surge es de las conocidas como de economía mixta, que como veremos -- más adelante no todas son en propiedad verdaderas empresas públicas.

La propiedad de las empresas privadas nacionalizadas se adquiere a través de dos procedimientos: a). adquiriendo todo su patrimonio o bienes y b). adquiriendo todas sus acciones, si su explotación se lleva a cabo por una sociedad anónima.

a).- Cuando la nacionalización sigue el procedimiento de adquirir el patrimonio de la empresa hace falta distinguir dos situaciones. Cuando el Estado se interesa en realizar una actividad industrial o comercial que está a cargo de una empresa, únicamente o en forma principal, los bienes, derechos y obligaciones de ésta se transfieren al nuevo organismo -- que se constituya al efecto. En cambio si el Estado se encuentra interesado en organizar, dirigir y prestar un servicio económico que atiendan -- varias empresas, la nacionalización comprenderá a todas y su patrimonio -- pasará al Estado. Aún dentro de esta hipótesis, conviene aclarar que sólo se transmitirá la propiedad de los bienes afectados por esas empresas -- al servicio económico respectivo, no así la de aquellos otros bienes que en razón de la complejidad financiera de muchas empresas, se destinan a -- otros fines u objetivos.

De esta manera surgen varios supuestos:

1).- El Estado obtiene el monopolio de un servicio económico de una empresa privada, adquiriendo el patrimonio de ésta;

2).- El Estado obtiene el monopolio de un servicio económico prestado por varias empresas, adquiriendo los bienes que éstas afectaron al - - mismo (PEMEX);

3).- El Estado sin monopolizarlo obtiene prestar un servicio econó- mico a cargo de una empresa privada, adquiriendo el patrimonio de ésta, - lo que supone otras empresas privadas prestando el mismo tipo de servicio (FERROCARRILES NACIONALES DE MEXICO).

Este procedimiento de nacionalizar reviste caracteres especiales. - Aquí la nacionalización es más bien una bandera política, pues no consti- tuye una categoría jurídica que por si sola opere la transmisión de la -- propiedad. Hace falta para que esto sea posible expropiar el patrominio- de la empresa privada, que si es un medio jurídico-administrativo para ad quirir por el Estado la propiedad y bienes de particulares. Enseña la -- práctica por otra parte, que los países como Francia y México que han uti lizado este procedimiento han terminado la nacionalización creando empre- sas públicas con estructura administrativa, es decir, han instituido or-- ganismos descentralizados por servicio (establecimientos públicos indus-- triales o comerciales). Es el caso de Petroleos Mexicanos y de Ferroca-- rriles Nacionales de México, que hoy son organismos descentralizados pero que antes eran empresas privadas que fueron nacionalizadas transmitiendo- la propiedad de su patrimonio al Estado Mexicano, mediante el Decreto de- expropiación pública correspondiente.

Es cierto que la expropiación cuando se nacionaliza ofrece proble- mas técnicos y políticos muy complejos. La indemnización, por ejemplo, - no puede considerarse como el valor exacto del patrimonio que pertenece - a la empresa, pues aquél no sólo incluye, técnicamente hablando, bienes - muebles e inmuebles, sino que además abarca obligaciones, deudas, riesgos, crédito mercantil, etc.. No hay mercado posible para empresas industria-- les cuyo auge económico decide al Estado adquirirlos.

Además esta indemnización no se traduce en dinero en efectivo sino en títulos que transforman al antiguo accionista de la empresa nacionalizada en el titular de obligaciones o sea que de socio se pasa a simple acreedor de la empresa.

Se cumple así los dos efectos de la empresa nacionalizada; transmisión de la propiedad y la nueva gestión, que se reúnen en el organismo -- descentralizado. Por lo mismo el régimen jurídico será de Derecho Público fundamentalmente y minimamente de Derecho Privado para este tipo de empresa nacionalizada.

b).- Cuando la Nacionalización sigue el procedimiento de adquirir la totalidad de las acciones de la empresa privada surge la Sociedad Anónima de Estado, que en Francia se denomina Sociedad de Estado o Sociedad Nacional. Ocurre en este supuesto que la transmisión de las acciones deja subsistir la personalidad jurídica de la sociedad mercantil, que continúa siendo titular de su patrimonio. Resulta paradójico encontrar funcionando una sociedad anónima como un solo accionista: el Estado, que ni gramatical ni jurídicamente es posible y mucho menos una anónima que exige por Ley 5 socios por lo menos (Ley General de Sociedades Mercantiles - Capítulo V Sección Primera artículo 89 fracción I:

Art. 89. Para proceder a la constitución de una sociedad anónima - se requiere:

I. Que haya cinco socios como mínimo y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos). (23)

Empero no es escasa la literatura mercantilista que sostiene la posibilidad jurídica de sociedad anónima de un solo socio, que revela más -

(23) Ley General de Sociedades Mercantiles expedida por decreto del Congreso de la Unión con fecha 28 de Diciembre de 1933. Ediciones Porrúa. 1979.

bien la necesidad económica de poder destinar un patrimonio o un fin determinado sirviéndose de la estructura de aquella (en este sentido opinan R. Cervantes Ahumada en su obra las Sociedades de Responsabilidad Limitada y R. Mantilla Molina en su obra de Derecho Mercantil).

Esta necesidad es la que ha impulsado al Estado a servirse de la sociedad Anónima - sin pensar o meditar en una ficción jurídica o un cambio semántico convencional- pero no en la misma forma que lo harían los particulares, estos buscarían el lucro y aquel la manera más adecuada de satisfacer ciertos intereses públicos.

Acontence en este procedimiento para nacionalizar, lo mismo que en el anterior, la nacionalización es solo un instrumento político y no medio jurídico para efectuar la transmisión de las acciones a favor del Estado. Es necesario para que esto suceda, comprar las acciones de la empresa privada, que si es una vía jurídica para adquirir su propiedad por el Estado. Claro es, que podría haber otros medios legales para conseguirlo, incluso se podría valer de la expropiación misma, pero, si hay -- algo que recomienda la mercantil en este caso es la celeridad y la sencillez, que evita obstáculos o formalidades.

El régimen jurídico de la sociedad anónima se haya aún regido por el Código de Comercio así como por las Leyes Mercantiles, pero su transformación en empresa pública nos obliga a pensar dos cosas:

En una sociedad anónima (de un socio como proponen los mercantilistas) o en una sociedad anónima ficticia que oculta un organismo de diversa naturaleza jurídica.

Existen diferencias tangibles entre una sociedad anónima tal y como es conceptuada por el Derecho Mercantil y la sociedad anónima que se convierte en empresa pública, es decir que algunos de sus elementos básicos cambian, tal cosa sucede con la Asamblea General de Accionistas, órgano supremo de la sociedad anónima y fuente de sus poderes, lo cual jamás podrá existir o reunirse obviamente pues solo hay un accionista que es el -

Estado.

De este modo serán organos exteriores a la Sociedad los que van a ejercer las funciones de la Asamblea General. Lo mismo sucede con el Consejo de Administración emanado ordinariamente de la Asamblea General (Ley General de Sociedades Mercantiles Capítulo V, Sección Sexta, Artículo 181 Fracción II).

Art. 181. La Asamblea ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses que sigan a la clausura del ejercicio social y se ocupará, además de los asuntos incluidos en la orden del día, de los siguientes: Fracc. II. En su caso, nombrar al administrador o consejo de administración y a los comisarios), lo cual no sucede en la sociedad anónima de Estado. Los miembros del consejo son designados por organos exteriores y ajenos a la sociedad que representan diversos intereses. El Director o Presidente de la sociedad es designado por aquel consejo de continuo por el gobierno quien se reserva el nombramiento de los principales funcionarios de aquella.

En tales condiciones la sociedad anónima del Derecho Mercantil es pura ficción en la llamada sociedad anónima de Estado ya que falta su organo social supremo, la asamblea general de accionistas, el consejo de administración no tiene su fuente en esa asamblea; los miembros de este consejo y las facultades de aquella asamblea provienen y se ejercen por designaciones y organos exteriores a la sociedad.

La sociedad anónima de Estado nace como una sociedad sin socios. -- es el caso de la Compañía de Luz y Fuerza del Centro, S.A., que aparece después de que el Estado Mexicano compró las acciones de la empresa extranjera Compañía Mexicana de Luz y Fuerza Motriz, S.A., nacionalizándola, en otras palabras adquiriéndola el Estado para transformarla de empresa privada en empresa pública. Su gerente es nombrado por el Presidente de la República y su Consejo de Administración se integra por representantes de varios organismos como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y --

La Secretaría de Comercio.

Caso similar presento la Compañía Nacional de Subsistencias Populares, S.A. (CONASUPO, S.A.) que substituyó a la CEIMSA, es una sociedad -- anónima con un solo socio; El Estado, el cual suscribe todo el capital. - Esta sociedad fue creada conforme al acuerdo presidencial D.O. del 25 de Marzo de 1961.

No es desde luego un caso de nacionalización en el sentido que se da a ésta por la práctica mexicana: adquirir por el Estado empresas privadas extranjeras, pero si lo es en el concepto más universal que apunta -- Chenot, expuesto con anterioridad: Transformar una empresa privada pública. El Gerente de esta compañía o sociedad (sin socios) es designado por el Presidente de la República y su Consejo de Administración se integra -- por representantes de varias dependencias e instituciones tales como la -- Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Comercio, la -- Secretaría de Agricultura, etc.

No es por pura tradición de estas compañías, que prestan vitales ser vicios públicos económicos, han conservado la estructura jurídica de la -- sociedad anónima. Además de que ello simplifica los problemas de trans-- misión conviene al Estado actuar frente a los usuarios del servicio como -- empresa privada, asegurando el éxito de la empresa económica y en cambio, actuar como empresa pública en cuanto a su dirección, encausándola hacia -- los intereses públicos que están en juego.

En el fondo la estructura jurídica de estas compañías no es en es-- tricto sentido de verdaderas sociedades anónimas, solo lo son en aparien-- cia. Con esto aprovechan el mecanismo de la sociedad anónima que ha sido útil en todos los tiempos para llevar adelante grandes empresas. En rea-- lidad se trata de estructuras administrativas económicas, que para su me-- jor funcionamiento explotan los métodos del régimen jurídico de la socie-- dad anónima.

Acontece en el seno de estas grandes empresas públicas una acentua--

da privatización de la actividad estatal al someterse al Derecho Mercantil de la sociedad anónima para prestar un servicio público. Pero al mismo tiempo representa la publicización de la actividad privada que desarrollaban esas empresas y que jurídicamente tienen sus manifestaciones: la dirección de la empresa en manos del Estado, el servicio público creado, el interés público motor de la empresa y sobre todo la indudable transformación de la sociedad anónima, que autorizan y fundan la aplicación de numerosas normas de Derecho Público.

El punto más delicado por desentrañar consiste en resolver si la "sociedad anónima de Estado" es una verdadera transformación jurídica de la sociedad anónima del Derecho Mercantil, consagrando el caso de la sociedad anónima de un solo socio o bien simplemente encierra una estructura administrativa (que como otras se someten a los imperativos del Derecho Común, claro ésta, en este caso en forma más acusada). En este sentido nos inclinamos, pues no admitimos ni la sociedad anónima ficción que propicia la primera solución (un socio, distinto régimen y procedencia de sus órganos sociales) ni mucho menos una nueva sociedad anónima de Derecho Administrativo. Hay algo sin embargo que debemos apuntar y es que esta ocurriendo un fenómeno curioso: muchas normas jurídicas que tradicionalmente eran mercantiles se van transformando en administrativas. Esto se puede observar en las diversas reformas que con este carácter se han practicado a la legislación mercantil.

Así tal vez sin proponerselo, el acuerdo que creó la CONASUPO, expresó en su considerando 3° "...el Ejecutivo Federal estima oportuno -- dar cima al plan originalmente previsto creando una nueva institución que contando con objetivos, estructura administrativa y recursos financieros más adecuados a las funciones que se les encomiendan, sea un órgano de -- servicio público que planifique, controle y ejecute, en un nivel más alto, las intervenciones reguladoras en los mercados de compra y consumo". -- ¿Pero que clase de estructura administrativa? Nada revela el texto del -- Acuerdo, desgraciadamente ni la CONASUPO ni la Compañía de Luz y Fuerza -- del Centro, S.A., cuentan con una ley que determine su régimen jurídico.

En definitiva, ambas empresas públicas vestidas de sociedades anónimas obedecen esencialmente a las características del organismo descentralizado que presta servicios económicos y que hemos señalado al empezar este capítulo. Nada extraño tiene que se sometan con mayor acento al derecho común, pues es del todo cierto que: "El Derecho común es indispensable a las Empresas Públicas tanto en su vida comercial como financiera, - puesto que, público o privado, un organismo económico se encuentra frente a los mismos problemas y a las mismas instituciones". (24) Igual pasa con algunas empresas públicas francesas que bajo el título de Sociedades de Estado ocultan verdaderos establecimientos públicos industriales o comerciales.

En conclusión, las empresas nacionalizadas (empresas públicas) bien por la apropiación del patrimonio de las empresas privadas o por la adquisición integral de sus acciones revisten la misma naturaleza jurídica de organismos descentralizados. La única diferencia que hallamos entre la empresa pública creada a través de uno u otro procedimiento para nacionalizar, es el mayor ajuste de sus operaciones o funciones de el Derecho económico (Derecho común) de estos últimos y el menor en las primeras.

(24) Dellion ob. cit. p. 21.

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

CONTRATOS PRIVADOS.

CRITERIOS PARA DISTINGUIRLOS.

¿Qué criterios se han seguido o podemos seguir para resolver si el contrato que en un momento determinado celebra la Administración Pública es un contrato administrativo o un contrato privado.

Mientras se vivió bajo el reinado del Derecho Privado sobre el cual legisló el Código de Napoleón o sea que durante todo el siglo XIX, era -- más que imposible pensar en la existencia de contratos públicos. No era -- factible concebir un contrato si no era como la expresión del libre jue-- go de las voluntades particulares, colocadas en un plano de igualdad. --- Ningún contrato como tal, podía escapar a la suprema ley de la autonomía -- de la voluntad, que como predica Gounet: "... posee, en el dominio del -- Derecho, un verdadero poder creador" (25), o según frase de Colin y Ca- -- pitant: "es la voluntad de las partes la que dice el Derecho" (26). Era -- imposible la coexistencia de estas ideas que configuraban el contrato, -- con las características del contrato administrativo en que priva el ele-- mento normativo y no el consensual o contractual.

En el momento en que el Estado se ve en la necesidad de romper con-

(25) Colin y Capitant. Cours Elementaire de Droit Civil, p. 257
3a. ed. Paris 1921. Tomo II.

(26) L Jossierand, Revue Trimestrielle du Droit Civil, 1937, Paris p. 2.

las ataduras del liberalismo para iniciar su intervención, en el mismo -- momento empieza la destrucción del principio de la autonomía de la voluntad, sostén principal de la noción clásica del contrato. No sólo los intereses de los particulares importaban en los contratos, también los intereses de la colectividad merecían especial atención. Buscando precisamente el equilibrio o la igualdad entre ambas clases de intereses, el Estado legisla imponiendo limitaciones y prohibiciones, regulando como deben formarse y ejecutarse determinadas regulaciones jurídicas, sacrificando la libertad de los contratantes. La celebración y ejecución de los contratos se ven dirigidas por el Estado y entonces nace lo que Josserand denomina: Dirigismo Contractual (27). Ripert hace una gráfica de esta situación: "En la mesa del contrato se reservan entonces una silla para un tercero que preside ahora el acuerdo de las partes con voz y voto, y sin el cual no tendrá ningún efecto ni valor lo que se haga. Su presencia no es luego lo importante, sino una intervención, que comenzó a hacerse efectiva primero timidamente en el contrato de trabajo y luego en el de mutuo -- y en el de locación de inmuebles y por último ya en forma categorica y -- absoluta en el de compraventa (28). Aquí empezó propiamente el carácter normativo del contrato.

Pero el Estado contemporáneo no se detiene ni contenta asumiendo -- sólo el papel de Director o Rector de los contratos privados, avanza y -- celebra contratos con los particulares, dando origen a un cambio en los rasgos característicos del contrato o bien priva al Derecho Privado, a -- los contratos civiles, materias que por mucho tiempo estuvieron bajo su control. Esto no es más que la "privatización" y la "publicización" que hemos explicado con anterioridad. Estas transformaciones han hecho clamar con cierta amargura o escepticismo a Ripert "... El Derecho declina". Sí declina, pero solo -- como dice Bercaitz--, el Derecho individualista -- del siglo XIX. (29).

(27) L. Josserand, *Revue Trimestrielle du Droit Civil*, 1937, p. 2 Paris.

(28) G. Ripert. ob. cit. p. 41.

(29) Miguel Angel Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, p. 84 Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952.

Los primeros criterios que se dictaron para diferenciar ambos tipos de contratos se debieron a la necesidad de determinar el tribunal competente para conocer de las controversias que suscitaron o la jurisdicción administrativa o los tribunales judiciales. El constituyente francés de 1790 resolvió separar tajantemente los negocios de Administración de los negocios judiciales: había el temor de volver al sistema de los Parlamentos. La dualidad de jurisdicción impidió a los tribunales judiciales conocer de los procesos en que fuera parte la administración. Consecuencia de estas ideas, seguidas por el Consejo del Estado, fue el sustraer el conocimiento de los tribunales judiciales de todos los contratos en que la Administración fuera parte. No interesaba la naturaleza o el objeto del contrato sino su autor. Se estaba ante la concepción imperialista del acto administrativo que no admitía la ingerencia de los tribunales judiciales que sólo eran competentes para apreciar los actos privados.

De la teoría del autor del acto se pasó a la teoría del fin del acto. Para que los tribunales judiciales se inhibieran de conocer de un acto administrativo era necesario que el mismo tuviera como finalidad satisfacer necesidades de interés general. Es decir ante la variedad de casos, el juez competente sería tanto la autoridad administrativa como la autoridad judicial, la primera como guardiana del interés general y la segunda del interés privado. Esta teoría terminó con la rigidez de la primera.

Empero la doctrina que arrojó más claridad en el criterio para distinguir los contratos fue la de los actos de autoridad o de poder público y los actos de gestión, que fue formulada por primera vez en la obra de M. Laferriere, *Jurisdiction el Contieux* (1887). Después la ley del 24 de Mayo de 1872 que dió jurisdicción delegada al consejo de Estado Francés - y tras el fracaso del movimiento que se propuso terminar con el contencioso administrativo y entregar todas las contiendas de la administración a los tribunales judiciales, se sintió más la necesidad de distinguir los actos administrativos del conocimiento de autoridad administrativa y judiciales. A este propósito atendió la división de actos administrativos de-

autoridad y de gestión, que tuvo su fuente en la teoría que divide al Estado en Estado - fuerza pública y Estado - persona moral.

Los actos de autoridad, en que el Estado actúa por vía de mando, -- dando órdenes, haciendo uso de la fuerza pública y de su autoridad, serán de la competencia de las autoridades administrativas.

En cambio los actos de autoridad en que el Estado se despoja de su imperium para actuar en las mismas condiciones que los particulares, son de la competencia de los tribunales judiciales. De esta manera los primeros actos darían lugar a contratos públicos y los segundos a contratos -- privados; y no obstante esta consecuencia lógica, Laferriere consideraba que los contratos celebrados por la Administración pertenecían a la categoría de actos de gestión: "El hecho que la Administración contrate para asegurar un servicio público no excluye, por si mismo, la competencia judicial. Ella subsiste en principio, pues las compras y las otras convenciones celebradas en vista de servicios públicos son casi siempre actos - de gestión y no actos de fuerza pública. (30).

Hacia falta sin embargo, precisar el contenido de las dos categorías de actos que fundamentaban la distinción. Para ello Laferriere expresó: "Una doble misión incumbe a la autoridad administrativa, por una parte está encargada de velar por la riqueza pública y de su empleo, asegurar la percepción de los ingresos de toda clase y su aplicación a los - servicios públicos. Los actos que cumple para llenar esta misión son los que se llaman actos de gestión. De otro lado, la administración es depositaria de una parte de autoridad, de poder, que es uno de los atributos del poder ejecutivo. Esta encargada de hacer cumplir las leyes, de regular la marcha de los servicios públicos, de procurar a los ciudadanos las ventajas de una buena policía. La administración obra entonces como autoridad, como poder y los actos que realiza son actos de mando o de poder publico" (31).

(30) M. Laferriere. Traité de la Jurisdiction Administrative, p. 592, - - 2a. Ed. Tomo I.

(31) M. Laferriere ob. cit. p. 22.

A pesar de la claridad de esos términos. Duguit los calificó de -- formulas vagas, que requerian de mayor precisión, pues se trataba de una teoría aceptada unánimemente por las escuelas y por los tribunales, aplicada por la jurisprudencia tanto judicial como administrativa. (32).

Berthélemy, para quien los actos de autoridad y de gestión eran un dogma intangible, se gloriaba de haber logrado mayor claridad a las ideas de Laferriere en su tratado elemental de Derecho Administrativo, diciendo: "Los actos de gestión son actos como los que todo el mundo puede realizar en la administración de un patrimonio particular, y que no implican para nada la existencia del poder público". (33).

No obstante dice Badaoui - el rigor de esta teoría que excluye del contencioso - administrativo todos los contratos celebrados por la administración, existía en efecto, un buen número de contratos de autoridades públicas que eran remitidos por la Ley a la jurisdicción administrativa.- Es que en efecto, al lado del contencioso-administrativo por naturaleza - había el contencioso por determinación de la ley, y éste comprendía gracias a una interpretación extensiva o también forzada de los textos, una importante parte de contratos celebrados por las colectividades públicas. (34) Es decir, que si en principio se estimó que cuando la Administración contratada realizaba actos de gestión y éstos eran de la competencia de los tribunales judiciales, los que solo conocian de los actos privados, tales contratos eran privados o sometidos al derecho común o civil. Pero, se admitía o reconocía la existencia excepcional de contratos públicos cuando la ley encargaba a los tribunales administrativos ciertos contratos. Lo normal era en suma, bajo el dominio de esta doble clase de actos de la Administración, que todos los contratos que celebrara esta últi

(32) L. Duguit ob. cit. p. 245.

(33) H. Berthelemy, Traité Elementaire de Droit Administratif, p. 139. -- 7a. ed. Paris.

(34) Saracit Badaoui, Le fait du Prince dans Les Contrats Administratifs P. 9. Ed. Librairie Generale de Droit et de jurisprudence, Paris - - 1955.

ma serian contratos privados, salvo que la ley en algunos casos determinara la existencia de contratos públicos al remitir su conocimiento contencioso a los tribunales administrativos. Era la voluntad del legislador - la que determinaba el carácter administrativo del contrato. Y así se pudo definir al contrato administrativo diciendo: "es contrato administrativo todo contrato celebrado por una colectividad pública y cuyo conocimiento es atribuido por un texto legislativo a los tribunales administrativos. Todos los otros contratos caen bajo el régimen del Derecho Común y son de la competencia del orden judicial. (35).

La urgencia de esta teoría duro hasta la primera parte del siglo -- XIX, viviendo bajo constantes y severas críticas a la rigidez de la misma que implicaba actos de gestión y actos de autoridad, que excluía del juicio contencioso administrativo por naturaleza todos los contratos celebrados por la Administración, negando así parte de la autoridad que ellos -- contenían.

Se llegó incluso a negar valor a la teoría por las consecuencias a que daba lugar: "Esta distinción - decía en sus conclusiones el Comisario de Gobierno, Teissier, formula dos ante el tribunal de conflictos en el - asunto Feutry el 28 de Febrero de 1908 - no tiene ninguna base legal, no descansa sobre nada real y no responde en modo alguno a la realidad de -- los hechos". La verdad es que todos los actos realizados por el poder público y sus agentes para asegurar la gestión de los servicios públicos -- constituyen aplicaciones de leyes y reglamentos administrativos... Se pueden decir que jamás el poder público y sus agentes obran en las mismas -- condiciones que los particulares. (36).

León Duguit al comentar a Teissier expresa: "He ahí el punto esencial bien establecido: cuando la Administración interviene, no lo hace -- nunca como lo haría un particular, y esto porque persigue un fin propio:-

(35) S. Badaoui, ob. cit. p. 10

(36) Duguit, ob. cit. p. 248.

el funcionamiento legal de un servicio público" (37).

Hay seguramente una contradicción en Duguit entre esta afirmación - y las que hace en otras partes de la misma obra negando la existencia de los contratos administrativos: "Es esta una expresión - la de contrato de Derecho Público - que no tiene sentido, y es un sofisma peligroso que se propone nada menos que dar una base jurídica a la arbitrariedad del Estado. La noción de contrato es una y los efectos de contrato son los mismos en Derecho Público que en Derecho Privado"; en otra parte dice: "La vieja concepción de los contratos de Derecho Público que autorizaba al Estado para sustraerse a las obligaciones contractuales, ha pasado. El contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en Derecho Público que en Derecho Privado, o mas bien, no hay distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado y el Estado esta obligado por los contratos -- que ha celebrado como un simple particular. (38).

Dado lo anterior se presenta la siguiente incógnita: ¿Cómo es posible que contratando la Administración actue como un particular y no suceda lo mismo cuando interviene en el funcionamiento de un servicio público, es que el funcionamiento de un servicio público excluye toda contratación de la Administración?. Esto acorde con nuestro juicio es imposible.

Esta teoría no sólo se vió atacada por la crítica demoledora de la doctrina, sino que la jurisprudencia desvirtuó la rigidez de la teoría. - El consejo de Estado francés deseando aumentar su competencia dio frecuentemente una amplia interpretación a los textos legales para sustraer del Derecho Común a todos aquellos contratos que a su juicio tenían una naturaleza propia de Derecho Público.

El primer paso que dio la jurisprudencia francesa para abandonar -- esta teoría fue con la celebre a rret blanco del tribunal de Conflictos -

(37) Duguit, ob. cit. pág. 248 y 249.

(38) Ob. cit p. 259.

del 8 de febrero de 1873 en que se fijó la competencia de la jurisdicción administrativa con base en la noción de servicio público calificando de administrativo al contrato celebrado por la Administración con objeto de organizar o asegurar el funcionamiento de un servicio público. Sin embargo, el desarrollo de estas ideas se hizo hasta 1903, en que casi puntualmente es abandonada en forma total la teoría evangelizada por Lafferriere de los actos de autoridad y los actos de gestión, que delimitaba la competencia de las jurisdicciones administrativas y común. Es ahora la noción de servicio público la que va a dar origen a un nuevo criterio de distinción.

En la fecha señalada el Comisario de Gobierno Frances Romieu en el caso Terrier expreso: "Todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales, sea que la Administración actue por vía de contrato, sea que proceda por vía de autoridad, constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa en cuanto a los litigios a que den lugar y de cualquier suerte que ellos sean" (39). Pero esta tesis en opinión misma del Comisario de Gobierno no quería decir que era suficiente para calificar de contrato administrativo -- el que persiguiera como fin un servicio público, pues reconoció que en ocasiones la Administración tenía que actuar en las mismas condiciones -- que los particulares y por lo tanto quedar sometida a las leyes jurisdicciones del orden común: "... puede suceder que la Administración, actuando no como persona privada sino como persona pública, en interés de un -- servicio público propiamente dicho, no invoque el beneficio de su situación de persona pública y se coloque voluntariamente en las condiciones -- del Derecho Privado, se trata de actos que interesando a la comunidad, revisten la forma de la gestión privada y deciden mantenerse exclusivamente sobre el terreno de las relaciones de particulares en las condiciones del Derecho Privado llegando a la conclusión de que el Estado se obliga como persona de Derecho Civil en los términos del Derecho Común y se encuentra

(39) Badauou, ob. cit. p. 16.

sometido desde este punto de vista, a las reglas de Derecho Civil. (40).

Con esto la teoría del servicio público había conservado lo justo y verdadero de la tesis anterior con una sola modificación en sus consecuencias. Ahora la regla general era la celebración de contratos administrativos y la excepción de los contratos privados, a diferencia de la teoría anterior que invertía las reglas: la general: contratos privados de la -- administración, la excepción: contratos públicos de la administración por voluntad del legislador. Sobre todo el carácter de contrato administrativo ya no dependería de que la ley atribuyera su conocimiento a la jurisdicción administrativa. Ahora para ser contrato administrativo era suficiente con que el contrato se refiriera a la organización o funcionamiento de un servicio público. La jurisprudencia francesa no limito ni limita actualmente la noción de contrato administrativo a los contratos atribuidos por la ley a la competencia administrativa.

Esta teoría de la noción de servicio público para explicar el carácter o el porque de los contratos administrativos tuvo gran apoyo y fuerza en las ideas de Duguit, las cuales imperaban a principios del siglo XX y que sostenían la formación del Derecho Administrativo alrededor de la noción de servicio público. El Estado no se explicaba sino para organizar y asegurar la prestación de los servicios públicos; el Derecho Administrativo era un conjunto de normas encargadas de regular esa organización y funcionamiento de servicios públicos. En consecuencia todos los contratos celebrados por la Administración con tal fin serían administrativos.

Es decir que en definitiva esta tesis hizo y sostuvo el siguiente - postulado: en principio y generalmente todos los contratos celebrados - - por la Administración que tengan por objeto un servicio público serán con tratos administrativos y, excepcionalmente, tales contratos serán de Derecho Privado cuando el Estado voluntariamente se somete a este régimen en-

(40) A. Labaudere, ob. cit., p. 31.

igualdad de situación con los particulares, aún cuando se refieran a un -
servicio público.

Pero ni la doctrina que vio su base en la cualidad del autor (La --
Administración Pública) del contrato ni la que derivó el carácter administr
trativo del contrato por su fin (interés general, servicio público) han -
sido definitivas ni acertadas, ni menos aun las que no sirven para deter-
minar actualmente el carácter público-administrativo o privado de los contr
tratos celebrados por la Administración.

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA:

Por determinación de la Ley, por libre voluntad o elección de las partes, por el objeto o por la naturaleza misma del contrato.

La Administración Pública hoy en día celebra contratos administrativos y contratos privados. Su utilización obedece a la complejidad de las necesidades generales o colectivas que tiene que atender y que satisfacer la Administración Obligada a emplear o a servirse de los instrumentos jurídicos que le proporciona el Derecho, frecuentemente se coloca en la misma situación jurídica de los particulares y celebra contratos privados. - ¿Cómo saber si el contrato celebrado es administrativo o privado?, ¿Cómo se descubre que la administración quiso celebrar un contrato de Derecho Común?.

No hay desde luego un criterio único, ya que hay diversos motivos o circunstancias por las que se puede calificar a un contrato como administrativo o como privado.

Las razones o criterios que se conocen y que a nuestro juicio son -- aplicables al medio jurídico administrativo mexicano, para determinar si un contrato es administrativo o privado son:

- 1.- Por determinación de la ley.
- 2.- Por libre voluntad de las partes.
- 3.- Por el objeto o por la naturaleza misma del contrato.

1.- CONTRATOS POR DETERMINACION DE LA LEY.

Dada la carencia que existe sobre contratos administrativos la defi-

nición de los mismos se torna un problema complejo que la presencia de la misma vendría a facilitar esta tarea ya que de ese modo fuera de los contratos regulados en la ley, los demás que celebrara la Administración serían contratos privados.

En sistemas jurídicos como el Francés, el principio ha sido y es -- aplicado en forma muy particular. Basta con que la ley atribuya el contencioso del contrato al conocimiento del juez administrativo (al Consejo de Estado o a uno de los tribunales administrativos) para que el contrato sea administrativo y, viceversa, es suficiente que el legislador resuelva el contencioso del contrato en manos de los tribunales judiciales para que el Contrato sea privado. Esta acontece sin importar que por su naturaleza misma el contrato fuera distinto y contrario a lo dispuesto en el -- mismo por las partes. Sin embargo, la propia jurisprudencia administrativa francesa le ha negado el carácter de regla absoluta resolviendo en ocasiones que tal atribución no es suficiente para la calificación del contrato. La misma doctrina administrativa de los franceses reconoce la relatividad de esa regla.

En México no opera así esa regla o principio, no contamos con una -- ley general de contratos de la Administración, o de Contratos Administrativos, ni siquiera con una ley reguladora de un contrato Administrativo. -- Precisamente una de las cuestiones más debatidas en nuestro medio jurídico ha sido el de la necesidad de una ley que reglamente el artículo 134 -- de la Constitución que se refiere al contrato de obra pública, que indudablemente es un contrato administrativo. Sobre este punto el Doctor -- Andrés Serra Rojas sostiene que el referido precepto constitucional no -- puede aplicarse si no existe la ley reglamentaria correspondiente. Existen disposiciones aisladas como Decretos o Acuerdos expedidos por nuestras autoridades en que se da un régimen jurídico exorbitante de Derecho Común a los contratos de obras públicas.

La ausencia de esa ley se acompaña con la falta de un criterio seguido por el legislador para determinar en cada caso si el contrato es admi-

nistrativo o privado. No podríamos seguir el principio seguido en Francia citado con anterioridad ya que no es posible hacer depender la naturaleza administrativa del contrato de la atribución que haga el legislador del contencioso de él a un juez administrativo. Es cierto que a veces resulta aceptable e incontrovertible ese procedimiento, como en el caso de las controversias que originan el cumplimiento e interpretación de los -- contratos de obra pública que se dejan al conocimiento de un tribunal administrativo: El Tribunal Fiscal de la Federación.

El legislador mexicano ha dejado al destinatario de su obra y principalmente al juzgador la tarea de constatar o escudriñar el carácter administrativo o privado de los contratos que ha regulado. Buscar en cada ley, en cada caso en que el legislador obró regulando los actos contractuales de la Administración es lo que hay que hacer, para saber que contratos celebrados por la Administración son contratos administrativos o -- privados por determinación de la ley.

En este supuesto, son contratos privados de la Administración los -- contratos de venta y uso a que se refiere el párrafo 2o., del artículo -- 8o. de la Ley General de Bienes Nacionales. El párrafo 1o. de este precepto habla de los bienes de dominio público nacional y respecto de ellos dice el 2o. párrafo aludido: "Se registrarán, sin embargo por el Derecho Común, los aprovechamientos incidentales o accesorios compatibles con la naturaleza de estos bienes, como la venta de frutos, materiales o desperdicios, o la autorización de los usos a que alude el artículo 29". Esta -- norma legal previene dos contratos privados: el de compraventa de frutos, materiales o desperdicios y el de arrendamiento del artículo 29 al que -- remite y dice: "No pierden su carácter de bienes destinados a un servicio público los que, estándolo, fuesen sin embargo, aprovechados temporalmente en todo o en parte para otro objeto que no pueda considerarse como servicio público, mientras no se dicte la declaración respectiva en la -- forma prevista por el artículo anterior, "o sea que estos bienes pueden -- ser objeto de un contrato de arrendamiento entre la Administración y un -- particular regido como el anterior por el Código Civil para el Distrito.

La misma ley fija el carácter privado de los contratos que realice la Administración con los bienes de dominio privado de la Federación: "Los bienes de dominio privado pueden ser objeto de todos los contratos que regula el Derecho Común. Se exceptúan solamente los de comodato y las donaciones no comprendidas en el artículo 38".

Los ejemplos citados son comprobatorios de que la Administración celebra contratos privados por determinación de la Ley. Sin embargo, no siempre hay que confiarse en lo que expresa el legislador. Hay ocasiones en que imprudentemente y sin ninguna base técnica resuelve situaciones en forma equívoca o contradictoria.

Existen numerosos contratos de la Administración respecto de los cuales el legislador ha guardado silencio respecto a la determinación del régimen jurídico que les corresponde. No se sabe si para su formación y ejecución ha de seguirse procedimientos de Derecho Común. Es necesario en estos supuestos, examinar si la regulación que hace la ley de su contenido, obliga a una construcción contractual cuyas cláusulas y objeto salen de la órbita de las reglas propias al Derecho Común y, en consecuencia el contrato será sometido a las normas o criterios de Derecho Público. Una de las formas empleadas por el legislador para obtener este resultado es imponer a estos contratos cláusulas exorbitantes de Derecho Común o sea cláusulas que no aceptarían para su contenido y formación cualquier contrato de Derecho Común. Por ejemplo, una de esas cláusulas exorbitantes muy usada en nuestra legislación administrativa es aquella que autoriza a la Administración para modificar unilateralmente el contrato. En estas condiciones se encuentran los llamados contratos-concesión, de naturaleza, contractual-reglamentaria, en los que la Administración conviene con el particular conservar la facultad de modificar o rescindir unilateralmente el contrato cuando el interés o el servicio público lo requieran. Así lo imponen las leyes reguladoras de estos contratos. El sistema es adoptado también en forma expresa en la celebración de los contratos de obras públicas, pese a que ninguna legislación ni doctrina de cualquier país niegan su indudable naturaleza de contrato público.

En consecuencia cuando el legislador no ha determinado en forma expresa el régimen jurídico, público o privado del contrato de la Administración, procede analizar el contenido clausular del contrato que fija el legislador.

No siempre es posible decir que un contrato de la Administración es íntegramente administrativo o privado o sea que esté únicamente sometido al Derecho Administrativo o al Derecho Privado. Son tan complejas las actividades de la Administración que sus relaciones jurídicas con los particulares participan de esa complejidad. El resultado de esta realidad es la existencia de contratos regulados por disposiciones de ambas categorías de Derecho.

Puede suceder que un contrato celebrado por la Administración se vea regulado en parte por normas legales de Derecho Público y en parte por normas legales de Derecho Privado o bien, que las normas de Derecho Privado sean supletorias de las normas de Derecho Público.

2. CONTRATOS POR LIBRE VOLUNTAD DE LAS PARTES.

Cuando el legislador no ha previsto ninguna de las resoluciones antes vistas para determinar el régimen jurídico de un contrato celebrado por la Administración, ¿Cuál es el criterio a seguir?, parecería chocar con una serie de principios ya establecidos, sostener que depende de la voluntad de la Administración y de su cocontratante la determinación del régimen jurídico del contrato, pero no es así.

La voluntad de la Administración al contratar no es arbitraria, no se produce al margen de la ley. Por el contrario, ella proviene siempre de una fuente legal, como no puede ni podía concebirse de otra manera dentro de un régimen de Estado de Derecho. La Administración nunca puede actuar desconociendo la fuerza imperativa del principio de la legalidad que le constringe a sujetar sus actos a la ley, por esto mismo el primer paso

a dar y que hemos dado es el de consultar la ley para resolver si el contrato realizado por la Administración es un contrato público o privado.- Puede suceder ciertamente que la resolución del legislador atribuyendo--carácter público o privado a un contrato de la Administración no coincida con la verdadera naturaleza intrínseca del contrato a la luz de los - criterios doctrinales, pero ello no impide la aplicación del régimen impuesto por la ley que de no acontecer así quedaría burlada, desvirtuada, construyendose un principio de anarquía.

El juez no podría aplicar el derecho común a un contrato que la -- ley expresamente somete a un régimen jurídico administrativo-público,- como tampoco aplicar este régimen a contratos que la ley ha resuelto se sometan al Derecho Civil.

Si el legislador no ha dictado una ley general sobre contratos administrativos, sino que ha resuelto el carácter del contrato en cada caso, ¿cuál es el camino a seguir en los contratos para los que no ha previsto expresamente nada?. Son numerosos los contratos que celebra la -- Administración sin que en la legislación administrativa se prevenga la - facultad para contratar. En estos casos lo que previene es la competencia de la Administración para actuar, sin especificarse las normas jurídicas utilizables para ello.

Esto explica porqué la Administración contrata con base en la ley que fija esa competencia, sin que se objete la legalidad de su conducta. Contrato, no porque no se le prohíba hacerlo, sino porque está autorizado y obligada a actuar en esa u otra forma, discrecionalmente, en el - - ejercicio de su competencia legal.

Los contratos así celebrados los podemos calificar en principio como contratos innominados de la Administración por no encontrar una regulación especial en la legislación administrativa que los individualice,- ya dentro de las categorías conocidas de contratos administrativos o dentro de las del Derecho Privado. ¿Cuál es en definitiva el régimen jurí-

dico de esta actividad contractual de la Administración?. Como todo contrato innominado, estará a las reglas generales del contrato o a las del contrato con el que tenga mayor semejanza.

Y esta aplicación es la que deciden precisamente la Administración y su cocontratante particular: aplicar las leyes propias de los contratos-privados, sin que importe saber si se han de preferir las reglas de un - contrato administrativo en especial o de uno en particular del Derecho - Privado. La libre elección que las partes contratantes hacen de un ré--gimen u otro es en atención a sus propios intereses, eligiendo el que -- más convenga a los mismos. La particularidad de que las partes libremente elijan el régimen jurídico incluyendo no la cláusula exorbitante de - Derecho Común, es lo que ha hecho a Laubadere calificar a este criterio- como una "concepción voluntarista del contrato administrativo" (41), si- se incluyen esas cláusulas. No creemos que la elección del contrato privado por la Administración dependa que en él no se jueguen estrechamente los intereses públicos o que no corra riesgos la satisfacción de las ne- cesidades públicas. Estamos seguros por el contrario que la Administra- ción elegiría uno u otro procedimiento de Derecho Público o de Derecho - Privado en atención precisamente de la idoneidad que cualquiera de ellos pueda prestarle con su utilización. ¿Sería correcto afirmar que cuando la Administración celebra un contrato de Derecho Privado es por que en - él no está en juego el interés público ni las necesidades generales?. -- Esta es completamente errónea ante las funciones económicas del Estado - moderno que le imponen como queda dicho, la necesidad de servirse del -- Derecho Privado para mejor cumplir sus funciones o fines públicos.

¿Cómo saber si la Administración y su cocontratante particular se- quisieron ajustar a uno u otro régimen?. Basta con examinar el conteni- do del contrato. Si encontramos cláusulas exorbitantes del Derecho Co-- mún, el contrato será público-administrativo, si faltan el contrato será

(41) Laubadere, ob. cit. p. 86.

de Derecho Común.

Es claro que cuando la Administración manifiesta expresamente en -- el contrato su voluntad de someterse al Derecho Común se obvian los problemas. Con justa razón ha dicho Badaoui que "la cláusula exorbitante, - que es la traducción, la manifestación de la fuerza pública en el Dominio contractual, queda siempre como una condición sine qua non del carácter - administrativo del contrato.

Las ideas anteriores nos explican mejor porque el contrato administrativo de suministro puede muy bien calificarse por un privatista de simple contrato de compraventa; así también, el contrato administrativo de - locación, como un contrato de comodato parentezco que lógicamente tiene - identidad y diferencia. La nominación del contrato dependerá de la volun tad de la Administración y su cocontratante particular (siempre que la -- ley administrativa no exprese nada) y consecuentemente el régimen jurídico aplicable. La voluntad de las partes llevará a celebrar uno u otro -- contrato, incluyendo o no cláusulas exorbitantes.

¿En que consiste este criterio de la cláusula exorbitante?, o más - bien, ¿Qué significa cláusula exorbitante de Derecho Común?. Al respecto Bercaitz ha dicho: "Su determinación es compleja y difícil". No obstante de manera general, pueden considerarse como tales aquellas demostrativas - del carácter de poder público con que interviene la Administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad ju rídica, o invistiendo a su cocontratante frente a los terceros, de atribu-- ciones de poder público.

La presencia de estas cláusulas fijan al contrato su carácter administrativo o como quiere el autor: la existencia del contrato administrativo impone como consecuencia la inclusión de la cláusula exorbitante expresa o presuntamente. Ya veremos la crítica que formula el autor a este criterio.

Con ánimo de precisar la noción de cláusula exorbitante, Jean Lamarque concluye afirmando: "En resumen, el carácter exorbitante o de Derecho Público de las reglas administrativas no está vinculado necesariamente a su originalidad, dicho de otro modo, que sus disposiciones sean sin equivalente en el sistema de Derecho Común o funciones de manera diferente a las reglas correspondientes al Derecho Común. Basta que ellas sean autónomas con relación a otro significa simplemente que las fuentes del Derecho son distintas para cada uno de ellos y que las reglas dictadas para regir a uno de ellos no son automáticamente aplicables a otro. - (42).

Explica este autor como se manifiestan estas reglas exorbitantes:

a).- Reglas que no tienen equivalencia en el Derecho Común y que otorgan privilegios a la Administración: en sus actos jurídicos unilaterales (derecho de mando, presunción de legalidad) en sus actos materiales (privilegios de ejecución de oficio y de ejecución forzada), en sus procesos (inmunidad de jurisdicción para ciertos actos, prohibición hecha al juez para ordenar embargos a las autoridades administrativas); o que no le otorgan privilegios sino que limitan su acción: regla de la adjudicación que priva a la Administración de la libertad de escoger su cocontratante, inalienabilidad de los bienes de dominio público.

b).- Reglas administrativas que tienen equivalencia en el Derecho Común, pero que difieren por cuanto a su funcionamiento por la adaptación de las primeras a las necesidades administrativas.

c).- Reglas Administrativas absolutamente idénticas a una disposición de Derecho Común, que puede considerarse como exorbitante cuando ella emana de una fuente de Derecho diferente (43).

(42) Bercaitz ob. cit. p. 187.

(43) Lamarque ob. cit. p. 17 y 18.

En fin, no podríamos analizar cada una de las opiniones de los diversos autores que se ocupan o tratan de definir o caracterizar la cláusula exorbitante de Derecho Común, pero si vamos a exponer sumariamente los criterios generales adoptados para determinar el contenido de esas cláusulas:

1).- La cláusula exorbitante consiste en una prerrogativa exorbitante. Es decir, son cláusulas en las que se manifiesta la fuerza pública, que se traduce en definitiva en privilegios para la Administración en los contratos. Se critica esta concepción por ser muy estrecha, ya que hay contratos administrativos donde se pone en juego o aplicación principios de Derecho Público, que no son necesariamente fuente de prerrogativas o de privilegios de la Administración.

2).- La cláusula exorbitante es una cláusula imposible de existir en un contrato privado, porque de ser así resultaría una cláusula ilícita. En ese sentido se pronuncia M. Walline, la cláusula exorbitante es "toda cláusula que, en un contrato de Derecho Privado, sería nula como contraria al orden público (44). La crítica que se ha formado a este criterio es que existen innumerables cláusulas consideradas como exorbitantes y que sí pueden lícitamente incluirse en contratos privados".

3).- La cláusula exorbitante no es habitual en los contratos privados. Es verdaderamente incierta esta tesis, dado que suscita cuestiones de difícil resolución como, ¿Qué se debe entender por cláusulas habituales, normales de Derecho Privado?. Por otra parte, si bien las cláusulas exorbitantes pueden no ser habituales en el Derecho Privado, muchas sí se usan en el contrato privado. Además no todas las cláusulas que no son habituales o normales en el Derecho Privado son necesariamente exorbitantes de Derecho Administrativo.

(44) Marcel Walline, Droit Administratif. Ed. Sirey Paris.

4).- La cláusula exorbitante es cláusula específica de Derecho Público. Para esta tesis la cláusula exorbitante es aquella que lleva la marca administrativa o sea "es una cláusula que toma de la teoría general de los contratos administrativos una de sus reglas características o también que está inspirada por consideraciones y fines propios de Derecho Público (45).

Como podrá verse reina un desacuerdo entre los tratadistas para saber con toda precisión y claridad que es una cláusula exorbitante o derogatoria del Derecho Común. Sobre todo la confusión es mayor porque la jurisprudencia administrativa francesa ha dictado numerosas resoluciones -- apoyándose indistintamente en cada uno de esos criterios.

Pero no sólo la noción misma de cláusula exorbitante crea más de un problema, sino que ella como base para determinar el carácter administrativo del contrato es objetable. Especialmente se le objeta como base o criterio absoluto, Laubadere lo califica como un "criterio por excelencia", es decir, que no es un criterio único aunque muy bueno. Lamarque también reconoce que el criterio de la cláusula exorbitante no es el único y dice: "La cláusula exorbitante no es el único procedimiento de Derecho Público o si se quiere de "gestión pública", que permita distinguir los contratos de la Administración de los contratos de los particulares: existen también las formas administrativas (46).

En lo que si están de acuerdo los autores es que basta que haya una cláusula exorbitante en un contrato para que este sea administrativo. En forma por demás contradictoria, Bercaitz critica el sistema, pues tras de afirmar que es esencial al contrato administrativo la existencia de la cláusula exorbitante (en forma expresa o presunta), concibe la existencia de contratos administrativos sin cláusula exorbitante: "La cláusula --

(45) Laubadere ob. cit. p. 100.

(46) Lamarque ob. cit. p. 75.

exorbitante podrá estar ausente de la letra del contrato, pero estará --- siempre presente en su esencia, cuando el contrato, por su misma naturaleza, sea realmente administrativo. La cláusula no es por consiguiente la que siempre caracteriza al contrato como administrativo; podrá hacer de un contrato de Derecho Privado un contrato administrativo, pero su no inclusión no podrá hacer nunca de un administrativo uno de Derecho Privado. (47).

Criticando el sistema de cláusula exorbitante o concepción voluntarista del contrato administrativo, Gabino Fraga afirma: "Esto significa que el carácter administrativo del contrato depende de la voluntad de las partes y que en vez del régimen legal especial sea consecuencia de la naturaleza del acto, ésta dependerá de que las partes hayan querido o no su jetarse a un régimen legal determinado. Como se ve, el criterio de que se habla no puede ser más incierto ni menos sólido y por lo mismo, se hace indispensable buscar otro que no tenga esos defectos!" "Por el contrario de lo expuesto por el célebre jurista Mexicano Laubadere, expone que "varias consideraciones demuestran que sería inexacto ver en la libre - - elección de las partes el único fundamento del contrato administrativo y en la cláusula exorbitante el solo índice de esa elección, ya que ellas - demuestran que no basta tomar en consideración lo que las partes han querido hacer, sino lo que han hecho realmente." (48).

Recordemos además que la inclusión de la cláusula exorbitante en un contrato no depende exclusivamente de que las partes así lo quieran, pues también la inclusión puede ser el resultado de una disposición imperativa del legislador que las impone, que les obliga a hacerlo.

El interés que hemos sostenido en examinar la noción de la cláusula exorbitante y su funcionamiento como base para determinar el carácter ad-

(47) Lamarque ob. cit. p. 75

(48) Laubadere o-. cit. p. 88.

ministrativo del contrato obedeció a que su desarrollo nos permitiera -- afirmar que todo contrato celebrado por la Administración, en ausencia de un texto legal, en que no se incluya esa cláusula, será contrato privado de la Administración. Este procedimiento de definir lo privado del contrato cuando no es público por la ausencia de la cláusula exorbitante ha producido resultados interesantes: "Es cierto que la exigencia de cláusulas exorbitantes para que el contrato sea administrativo ha tenido por -- consecuencia hacer los contratos de Derecho Común de la Administración in finitamente más numerosos de los que se podían concebir en su origen." -- (49).

3. CONTRATOS POR SU OBJETO O SU NATURALEZA.

Cuando la ley ha guardado absoluto hermetismo, cuando el contrato no revela el sentido de la voluntad de las partes, ¿cuál es el criterio a seguir?. Ningún autor deja de reconocer que es objeto o la naturaleza misma del contrato los que han de resolver en definitiva su carácter. Incluso se ha resuelto por los tribunales y la doctrina que cuando la volun tad de las partes se manifiesta en un sentido y es otro el que se desprende del clausulado del contrato, la naturaleza o el carácter del mismo será el que se derive del texto del contrato, al respecto M. Walline opina que. "La denominación dada al contrato por las partes, constituye sin duda una indicación precisa sobre su común intención de celebrar un contrato -- privado o de Derecho Público. Sin embargo, ello no es decisivo si ella -- es contradicha por las cláusulas del contrato".

Son numerosos los contratos celebrados por la Administración y algunos de uso inveterado para fines públicos han recibido por decirlo así -- carta de naturalización administrativa. En cambio hay otros de uso con tinuo también que son de indiscutible naturaleza privada no obstante vincularse con fines públicos, por ejemplo, cuando la Administración contrata los servicios de profesionales realiza un contrato privado. Cosa --

(49) Laubadere, ob. cit. p. 90 Nota 4.

igual sucede en los contratos de arrendamiento en que interviene y lo mismo en múltiples contratos de compraventa.

¿Cómo saber que un contrato es por naturaleza administrativo? Es sumamente delicado hallar una nota o más como únicas cuya presencia diera a la "marca administrativa" del contrato. Tampoco creemos que existan para los contratos privados en las condiciones actuales de la teoría general de los contratos, que ha admitido en voz de privatistas "la crisis del contrato privado". Veamos la opinión de algunos autores. Gastón Jé se construye su teoría exigiendo para que el contrato sea administrativo la concurrencia de dos elementos esenciales, una es que el contrato tenga por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público, y el otro que las partes hayan manifestado su voluntad entendiendo y queriendo someterse a un régimen exorbitante de Derecho Común: el de Derecho Público. Si falta uno de tales elementos el contrato será privado. Gastón Jé se reconoce que la Administración puede celebrar un contrato privado que tenga por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público y por ello es necesario que opere el 2o. elemento. R. Bonnard permanece fiel a la opinión sostenida en su época (1935) por el Consejo de Estado Francés y ve en la noción de servicio público la tónica administrativa del contrato. Hablando del contrato de suministro dice: "pero este contrato es de la categoría de los contratos administrativos porque tiene por objeto provisiones destinadas a asegurar el funcionamiento de un servicio público, es decir, se trata de un contrato que está regido no por las reglas del Derecho Privado, sino por las del Derecho Administrativo. Y al respecto André de Laubadere sostiene que para que un contrato de la Administración constituya un contrato administrativo, no basta que se refiera a una actividad de servicio público, es necesario además que en su elaboración las partes hayan adoptado los procedimientos del Derecho Público o como se ha dicho de la gestión pública. Y no los procedimientos de Derecho Privado (o de gestión privada). Gabino Fraga toma como base la idea de Atribuciones del Estado para decidir si se aplica o no el Derecho Administrativo o el Derecho Privado. "... cuando los actos que el Estado verifique no se vinculen estrecha y necesariamente al cum-

plimiento de sus atribuciones y cuando, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique, porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen. Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatuales de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo. (50).

Resultaría prolijo hacer cita de más autores que sostienen opiniones más o menos parecidas. Sí es útil en cambio exponer los criterios que descubren el contrato administrativo por naturaleza:

a).- Son administrativos por naturaleza los contratos que implican una participación del contratante en la ejecución misma del servicio público (es el caso de las concesiones de servicios públicos).

b).- La naturaleza del empleo para los contratos de alquiler de -- servicios (es decir, que hay funciones que son incompatibles por su naturaleza misma con la concepción del Derecho Privado, cualesquiera que -- sean las cláusulas del contrato.

c).- Las condiciones particulares del funcionamiento de los servicios públicos (el Consejo de Estado Francés ha resuelto a propósito que: "el contrato puede ser administrativo en razón de las condiciones particulares del funcionamiento del servicio al cual esté asociado el contratante o de las condiciones particulares de ejecución del contrato". (51)

El estudio que hemos realizado de los diversos criterios para determinar la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por la administración pone de manifiesto una verdad o realidad incontrovertible: no

(50) Gabina Fraga ob. cit. p. 428

(51) Walline, ob. cit. p.

es posible adoptar un criterio único. Por ello mismo hemos tomado la siguiente posición: aplicar cada uno de los criterios expuestos en forma -- excluyente, es decir, primero estar al texto de la ley, en su falta a la letra del contrato y en su defecto a la naturaleza misma del contrato. -- Debemos hacer a esto una aclaración y una salvedad. Aclarando que inde-- pendentemente de la naturaleza que la ley atribuya al contrato, éste puede tener una distinta intrínsecamente analizado- pero que aún así prevalecerá lo resuelto por el legislador. Hacemos la salvedad que cuando la voluntad de las partes se haya pronunciado en someterse a uno u otro régi-- men de Derecho Privado o Público, si del clausurado del contrato o de la- naturaleza del mismo se desprende otra cosa, se estará a esto último.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA.

Sociedad de Economía Mixta o Empresa de Participación Estatal, son las dos expresiones usuales para calificar a la Empresa Pública de propiedad pública y privada. Una empresa de economía mixta como su propio enunciado lo indica, es la conjugación o combinación de capital público y de capital privado. En otras palabras es una empresa privada en la que el Estado participa económicamente en calidad de socio.

Verdad es que no presenta problema alguno el concepto de la Empresa de Economía Mixta. Significa a la vez un procedimiento jurídico, una modalidad política que emplea el Estado por diversos motivos o sea como dice De-Michel: "La economía mixta constituye una fórmula jurídica y financiera que permite asociar los capitales públicos y los capitales privados (52).

Interesa poner de relieve que la empresa de economía mixta es ordinariamente explotada por una sociedad anónima. De aquí deriva porque se le denomina Sociedad de Economía Mixta y porque las dos economías o capitales asociados se colocan dentro del marco del Derecho Común, propio a esta sociedad. Y en efecto la Empresa de Economía Mixta es una sociedad anónima en la que el Estado es accionista. Luego estamos en presencia de una empresa de Derecho Común, cuando menos en principio.

Se dice que este tipo de empresas es un procedimiento de política económica porque a través de el Estado resuelve algunos de sus intereses más vitales. Efectivamente en la gran mayoría de los países occidentales la economía mixta abarca principalmente ramas de la actividad económica. Después de la primera y segunda guerras mundiales florecieron en forma inusitada.

(52) Andre De-Michel, Le controle de L'Etat sur les organismes privés, - Tomo I Paris 1965. p. 336.

Entre los motivos o razones que dan origen a su nacimiento y les imprimen modalidades, destacan:

a).- Un medio de salvar del desastre financiero a empresas privadas cuyas actividades representan fuertes intereses económicos y cuya desaparición ocasionaría graves consecuencias a la economía nacional (en nuestro país es frecuente esta causa o motivo, que se practica a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de la Nacional Financiera que adquieren la mayoría de las acciones e incluso llegan a comprarlas en su totalidad, exitando alarmas financieras quizá mas lesivas).

b).- Un medio de impulsar o desarrollar determinados sectores económicos, deficientes en la economía privada o inexistentes con la respectiva ventaja económica (Altos Hornos de México, S.A., Ayotla Textil, - -- S.A.), un medio político (Teléfonos de México, S.A.). Sería prolijo e imposible descubrir las verdaderas causas que originan estas empresas en cada país. Un dato, no obstante, es común a todas ellas, su importancia -- económica.

No debemos pensar que toda sociedad de economía mixta es empresa -- pública. Existen fundamentalmente dos formas de economía mixta en razón del grado o extensión de la participación económica del estado. O sea, - el Estado puede ser accionista mayoritario o accionista minoritario. - -- ello implica ciertas modalidades en el gobierno de la sociedad, que nos - autoriza desde ahora para calificar de empresa pública únicamente a aque- lla sociedad en que el Estado es accionista mayoritario.

Como accionista mayoritario el Estado goza jurídicamente de poderes iguales a cualquier otro accionista particular que posea el mayor número de acciones. En tal virtud, la dirección y el funcionamiento de la so- - ciedad se monopoliza o depende del Estado. Esto implica que las prerroga tivas y facultades administrativas modifiquen la vida normal de la socie- dad anónima. Es cierto que aquí no se pierden los órganos sociales: asam blea general y consejo de administración, como vimos sucede en la socie- - dad anónima del Estado. Pero la dirección interna que ejerce el Estado y

el control externo a que la somete, desvirtúan la aplicación ordinaria -- del Derecho Mercantil.

Como accionista minoritario, el Estado no deja de influir en el curso normal de la anónima. En estos casos, mueven al Estado adquirir algunas acciones de una sociedad, razones de control y de orden técnico pues sólo así podrá en forma más efectiva conocer el funcionamiento de una empresa o bien controlar que las ayudas financieras que proporciona a algunas empresas se destinen efectivamente a los fines para los que se otorgaron. En estos supuestos el control externo a través de disposiciones administrativas se hace más necesaria, pues es insuficiente el poder de accionista minoritario para evitar decisiones contra el interés financiero o el interés público del Estado.

Como quiera que sea las sociedades de economía mixta no pierden su carácter o estructura jurídica de sociedades anónimas, que fundamentan la aplicación del Derecho Mercantil. No obstante lo cual el accionador público imprime una filosofía especial a la sociedad anónima de economía mixta. Por ejemplo: "... El Estado, que es una entidad jurídica no puede principalmente seccionar en los organismos diferentes y debe enviar representantes, para formar parte de esos organismos. Por otra parte, los poderes del Estado en tanto que es accionista, son generalmente exorbitantes del Derecho Común. El principio es que el Estado debe poder ejercer una influencia preponderante tanto en la asamblea general como en el consejo de administración, aún si el número de acciones que posee no son normalmente suficientes para darle esta influencia. No se trata solamente de una simple adaptación técnica de las reglas de la sociedad anónima sino de una verdadera transformación jurídica. El fundamento de esta transformación es el hecho de que los fondos públicos están comprometidos en la sociedad y que deben ser protegidos. (53).

(53) De Michel, ob. cit. Tomo I p. 341.

Es decir, que el Estado accionista no puede ejercer sus poderes de tal en las mismas condiciones del Derecho Común. Esto sin perjuicio de reconocer que muchas sociedades, sociedades de economía mixta están sujetas a controles externos más poderosos que los mismos internos. Recordemos por ejemplo que en nuestro país están sometidos al control administrativo y financiero que fija la ley para el control por parte del Gobierno Federal de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal de 1947. Sin omitir los controles externos especiales en que se colocan determinadas empresas, como lo son las instituciones nacionales de crédito.

El control o más bien la dirección interna que otorga el accionariado mismo al Estado y el control externo, que impone la ley administrativa como reflejo del intervencionismo en que vivimos, sobre la sociedad de -- economía mixta, constituyen a decir verdad su fuente vital económica y jurídica hablando.

Es el interés público que priva en la actividad económica que desarrollan esas sociedades y los fondos públicos invertidos en las mismas, -- la causa que se rompa la relación del poder jurídico y la participación financiera. En otros términos aunque el Estado no tenga una gran aportación económica en una sociedad anónima, la ley está por encima del contrato de la sociedad. Citemos para ejemplo los casos de la Nacional Financiera, S.A., y del Banco Nacional Urbano y de Obras Públicas, S.A., que son en rigor jurídico sociedades de economía mixta (artículo 2o. de la -- Ley General de Instituciones de Crédito y Organismos Auxiliares, que define a las Instituciones Nacionales de Crédito: se reputarán instituciones u organismos auxiliares nacionales de crédito los constituidos con participación del Gobierno Federal o en los cuales este se reserva el derecho de nombrar la mayoría del consejo de administración o de la junta directiva o vetar los acuerdos que la asamblea o el consejo adopten). Son dos -- instituciones nacionales de crédito en las que el Gobierno Federal es -- Accionista mayoritario y su estructura de sociedades anónimas no se somete plenamente a la Ley Mercantil de Sociedades ni a la escritura constitutiva básicamente, no, el gobierno jurídico y económico de la sociedad e --

institución se rige fundamentalmente por la ley orgánica de cada una de ellas. Es una ley administrativa la que impera sobre la organización y funcionamiento de esas sociedades anónimas, que no sufren de modalidades o adaptaciones, sino verdaderas transformaciones jurídicas.

Aquí nuevamente observamos como el Derecho Público invade campos -- del Derecho Común y los hace propios derogando la ley mercantil o substituyendola por leyes administrativas. Ofrece un particular ejemplo del -- grado como ese fenómeno opera, el Banco de México, S.A., en que el accionariado privado sólo tiene de hecho voz pero no voto y que siglas de la -- anónima son un simple adorno.

La Ley Orgánica del Banco de México, S.A. es netamente una ley administrativa que impone un régimen económico administrativo a una institución (organismo descentralizado). Otro caso en que poco falta para que -- se cree una sociedad anónima de estado, es el Banco Nacional de Comercio-Exterior, S.A., pues la suma de las acciones de propiedad pública (Gobierno Federal, Banco de México, Nacional Financiera, Etc.) y las funciones que desempeña de agente gubernamental borran cualquier idea de sociedad anónima.

CONCLUSIONES

A lo largo de la elaboración de este estudio, he tenido la oportunidad de encontrarme de frente con la realidad de la Administración Pública moderna y de los múltiples problemas que se le han presentado, de los obstáculos infranqueables que aún en la actualidad dificultan su labor ante la sociedad, y he podido valorar los avances que se han logrado en los últimos años, la meta se vislumbra aún lejana pero que con paso firme se -- podrá alcanzar, tal es la preocupación de los Estados modernos de la vida económica mundial para lograr el justo equilibrio de las relaciones que -- como administradores y gobernantes deben encontrarse con todos los nu- -- cleos que integran la sociedad, aspectos que me llevan a dedicar estas -- últimas paginas de mi trabajo a los individuos como tales, por ser a quie- nes les asiste el derecho de exigir una mejor Administración Pública de -- quienes los gobiernan.

Comenzaré por hablar de los motivos que originaron el cambio del -- antiguo estado policia al actual administración, de como ha destacado en sus nuevas funciones de empresario y de los tropiezos que ha sufrido en -- su nueva empresa.

En un principio la economía de los pueblos estaba en manos de los -- particulares, los cuales movidos por sus intereses buscaban un lucro desmedido, desconocedores de la equidad que debia existir entre los servi- -- cios por ellos prestados y la remuneración obtenida, provocando que la -- economía padeciera de una falta de confianza por parte del pueblo, es por eso, que viendose obligado el Estado a tomar las riendas de las actividades económicas primarias de los servicios públicos mas necesarios y dado que el crecimiento económico de los países esta vinculado al desarrollo -- social, porque no se pueden hacer efectivas las estructuras de justicia -- social derivadas del Derecho de los pueblos, de una lucha que han librado desde los tiempos mas remotos y que obliga al Estado a distribuir y cre- -- cer en forma conjuntiva, porque crecer sin distribuir es el regreso, distribuir sin crecer es la miseria, pero crecer y distribuir es el progre- -- so.

Es por ello que la nueva productividad del Estado a la que tenemos que acceder, en ningún sentido es medio de explotación, sino que es la fórmula de evitarla en justa plusvalía, de acrecentar la eficiencia nacional, la capacidad de obtener más y mejores resultados que beneficien a todos y se traduzcan en trabajo, educación, alimentos, salud pública y en mas y mejores fuentes de riqueza para la sociedad. Porque antiguamente cada quien buscaba la satisfacción de sus intereses y con frecuencia se enfrentaban o contradecían, había casos dramaticos de enriquecimiento de unos cuantos en perjuicio de otros muchos, y nada más injusto que la producción y los servicios públicos fueran insuficientes y en algunos casos inexistentes, por lo que la supervivencia misma de los países exigiera a los Estados que directa o indirectamente la provea, con independencia de los esfuerzos de producción y productividad que los particulares deseen continuar e incrementar, no debe de ser privativa del Estado la función económica, pero si debe ser asegurada por él.

Porque empresa pública y empresa privada no son términos antitéticos, una no sustituye a la otra, sino que ambas deben de coordinarse y complementarse y ser congruentes en beneficio de la colectividad. Estas es la esencia y la razón de ser de la economía mundial, para las empresas públicas grandes y pequeñas estan los programas y presupuestos que son directrices a las que deben de ajustarse con flexibilidad, pero también con disciplina y para las empresas privadas deben de concertarse acciones para una mejor productividad, porque las nuevas sociedades necesitan de esas dos fuerzas para conjuntarlas y conducir las por un camino común.

Porque cuando un sistema económico se vuelve incapaz de satisfacer las necesidades de una sociedad es necesario cambiarlo por que hay que conciliar la libertad con la necesidad, el poder con el deber, teniendo el Estado la función de rector de la economía y gran corrector legal de las deformaciones debe de buscar una alianza entre todos los integrantes de la sociedad, para que todos encuentren caminos de respeto, que sean responsables y no culpables, en fin para que todos sean libres.

Porque concebido como un proceso continuo, la transformación del Estado a sido un instrumento de adecuación al servicio del desarrollo de los pueblos, porque desde los tiempos de Platón se condeno a los tecnocrátas, no porque no supieran, sino porque no admitian dictaduras de hombres por sabios que sean, lo que se necesita en cambio son gobiernos con leyes que constituyan un nuevo ambito para el desarrollo social, porque no se debe desaprovechar a los que saben hacer bien las cosas, lo que si se debe hacer es evitar que los que no saben hacer las cosas las hagan mal.

La situación actual obliga a las nuevas administraciones actuar -- con énfasis en propósitos muy concretos, hacer más efectivos los derechos de la sociedad y no incurrir en viejos y añejos errores.

Si se quiere dar seguridad, serenidad y disfrute pleno de sus bienes a la sociedad se debe evitar que malos elementos continuen envenenando el ambiente administrativo, impedir que esas personas nocivas continuen haciendo un menoscabo en la confianza del pueblo hacia el gobierno, porque el Estado debe de cuidar su imagen, reforzar sus impulsos para lograr que el binomio gobierno-pueblo perdure y asi evitar resquebrajamientos en las buenas relaciones que deben existir entre ambos.

El gran valor del hombre es la libertad, pero se corre el riesgo - de convertir esa libertad en libertinaje, debemos admitir la iniciativa individual y el derecho que con ella va aparejados; pero si no arminizan con la necesidad social, conlleva a la injusticia y al privilegio, y eso es lo que ha ocurrido a través de la historia.

No olvidemos que la libertad, justicia y seguridad funcionan como una melodía, en que si uno se desequilibra se pierde la armonía, viene - el desconcierto. Si nos olvidamos de esa verdad elemental nada funciona y en cambio se hacemos bien las cosas y tomamos conciencia de que - - nuestro supuesto, como Sociedad y Estado en una nación, y su fuerza, el grado de nuestra auténtica solidaridad.

BIBLIOGRAFIA

- ALFONSO EL SABIO.
LAS SIETE PARTIDAS
Ediciones Atlas
Madrid, 1972.

- BERCAITZ MIGUEL ANGEL.
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.
Editorial Palma.
Buenos Aires Argentina, 1952.

- BOLAFFIO, ROCCO, VIVANTE
DERECHO COMERCIAL.
Ediar, Soc. Anon, Editores
Buenos Aires, 1958.

- BRUNETTI ANTONIO
TRATADO DE DERECHO DE LAS SOCIEDADES
Tomo III. Editora U.T.E.H.A.
Argentina, Buenos Aires, 1960.

- CERVANTES AHUMADA RAUL.
SOCIEDAD ANONIMA MEXICANA.
Editorial Porrúa.
México, D.F., 1975.

- DOGUIT LEON
LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PUBLICO.
Traducción al español de Adolfo Posada.
Editorial Fco. Beltran, Madrid, España.

- FRAGA GABINO
DERECHO ADMINISTRATIVO
Editorial Porrúa
México, 1975.

- MALAGARRIGA CARLOS G.
TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO COMERCIAL.
Tomo I, Segunda Parte, Comerciantes, Sociedades, Tipografica,
Editora. Argentina, S.A.
Buenos Aires, 1963.

- MANTILLA MOLINA ROBERTO
DERECHO MERCANTIL
Editorial Porrúa
México, 1975.

- MESSINEO FRANCESCO
MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL
Ediciones Jurídicas Europa-América
Buenos Aires, 1965.

- MORENO ANTONIO
PROMOCION, ORGANIZACION Y FINANCIAMIENTO DE EMPRESAS
Editorial Porrúa.
México, 1958.

- MUÑOZ LUIS
DERECHO MERCANTIL
Editorial Progreso, 1965.

- PINA VARA
DERECHO MERCANTIL MEXICANO
Editorial Porrúa.
México, 1976.

11-003004

- RODRIGUEZ RODRIGUEZ JOAQUIN
TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES
Tomo I, Editorial Porrúa, S.A.
México, 1971.

- TENA RAMIREZ FELIPE
DERECHO MEXICANO
Editorial Porrúa
México, 1976.

- SERRA ROJAS ANDRES
DERECHO ADMINISTRATIVO
Editorial Porrúa
México, 1975.

- SOLANA Y CANIZARES
DERECHO COMERCIAL COMPARADO
Editorial Madrid, 1958.